

Die horizontale Wirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades

doctor juris (Dr. iur.)

vorgelegt dem Fakultätsrat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der Friedrich-Schiller-Universität Jena

von Thomas Roder

geboren am 02.12.1972

in München

Gutachter:

1. Gutachter (Referent): Professor Dr. Peter M. Huber
2. Gutachter (Koreferent): Professor Dr. Matthias Ruffert
3. Prüfer: Professor Dr. Torsten Körber

Disputation: 12.11.2007

Inhaltsverzeichnis

1. Teil: Einführung	1
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Ziel und Verlauf der Untersuchung	1
A. Ziel der Untersuchung	1
B. Verlauf der Untersuchung	5
2. Teil: Die Wirkungsweise der Richtlinie als Instrument europäischer Rechtssetzung und Rechtsverwirklichung	7
§ 3 Die EG-Richtlinie als Gemeinschaftsrechtsakt	7
§ 4 Der Erlass von Richtlinien durch den Gemeinschaftsgesetzgeber	9
A. Formell-rechtliche Vorgaben	9
B. Materiell-rechtliche Vorgaben	10
I. Bindung an höherrangiges Recht	10
II. Zulässige Regelungsdichte	11
1. Die Auffassung des Europäischen Gerichtshofes	11
2. Ansichten im Schrifttum	12
3. Stellungnahme	14
§ 5 Die Zielrichtung des Umsetzungsbefehls	15
§ 6 Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben bei der Richtlinienumsetzung in nationales Recht	17
A. Die Pflicht der Mitgliedstaaten zu fristgerechter Richtlinienumsetzung	17
B. Normstrukturelle Anforderungen an die Richtlinienumsetzung	19
I. Vom Europäischen Gerichtshof entwickelte Kriterien für die Richtlinienumsetzung	19
II. Die Eignung normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften zur Richtlinienumsetzung	21
C. Regelungsspielräume für den nationalen Gesetzgeber	25
§ 7 Die Sperrwirkung von Richtlinien	28
A. Sperrwirkung vor Ablauf der Umsetzungsfrist	29
B. Bindung des nationalen Gesetzgebers nach erfolgter Richtlinienumsetzung	31
I. Übergang der Rechtssetzungszuständigkeit auf die Gemeinschaft	32
II. Zulässigkeit nachträglicher Änderungen der richtlinienkonformen Rechtslage	33
3. Teil: Die horizontale Wirkung von EG-Richtlinien als Konsequenz fehlender und defizitärer Richtlinienumsetzung	36
§ 8 Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien	37
A. Die vertikal begünstigende unmittelbare Wirkung	39
I. Herleitung durch den Europäischen Gerichtshof	39
II. Gemeinschaftsrechtliche Grundlage	42
III. Voraussetzungen der vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung	44

1. Erfolgreicher Ablauf der Umsetzungsfrist	45
2. Hinreichende Bestimmtheit	45
3. Inhaltliche Unbedingtheit	45
4. Subjektive Rechte – (nur) Folge oder (auch) Voraussetzung der vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung	46
a. Individualbegünstigung als Voraussetzung der unmittelbaren Wirkung	47
b. Individualbegünstigung als Folge der unmittelbaren Wirkung	48
c. Stellungnahme	48
IV. Adressaten der vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung	52
V. Beachtung unmittelbar wirksamer Richtlinienbestimmungen von Amts wegen?	53
B. Die vertikal belastende unmittelbare Wirkung und die horizontale unmittelbare Wirkung	54
I. Die Rechtsprechung des EuGH	55
1. Grundsatz: Ablehnung der vertikal belastenden unmittelbaren Wirkung und der horizontalen unmittelbaren Wirkung	55
a. Ablehnung der vertikal belastenden unmittelbaren Wirkung	55
b. Ablehnung der horizontalen unmittelbaren Wirkung	56
2. Grenzen der unmittelbaren Wirkung in Sonderkonstellationen – Entwicklungen in der Rechtsprechung des Gerichtshofes	57
a. Multipolare Rechtsverhältnisse	58
aa. Die Urteile zur Auslegung der Richtlinie 71/305/EWG	58
(1) Die Rechtssache <i>Beentjes</i>	59
(2) Die Rechtssache <i>Fratelli Costanzo</i>	59
(3) Würdigung	61
bb. Die Rechtssache <i>Busseni</i>	63
cc. Die „ <i>Karella</i> -Rechtsprechung“ und die Rechtssache <i>Panagis Pafitis</i>	64
(1) Die „ <i>Karella</i> -Rechtsprechung“	64
(2) Die Rechtssache <i>Panagis Pafitis</i>	66
(3) Würdigung	67
dd. Die Rechtssache <i>Großkrotzenburg</i>	68
ee. Die Rechtssache <i>Wells</i>	69
ff. Fazit	72
b. Die Rechtssache <i>Ruiz Bernáldez</i>	73
c. Die Urteile zur Auslegung der Richtlinie 83/189/EWG – Aufgabe von <i>Faccini Dori</i> ?	75
aa. Die Rechtssache <i>CIA Security International</i>	76
bb. Die Rechtssache <i>Lemmens</i>	79
cc. Die Rechtssache <i>Unilever</i>	80
dd. Würdigung	81
3. Zusammenfassung	83
II. Die Auffassung der nationalen Gerichte und des Schrifttums	84
1. Vertikal belastende unmittelbare Wirkung	84
2. Die horizontale unmittelbare Wirkung	85
a. Gegen eine horizontale unmittelbare Wirkung vorgebrachte Argumente	85
b. Argumente der Befürworter einer horizontalen unmittelbaren Wirkung	86
c. Differenzierende Auffassungen	89
3. Mittelbare horizontale Wirkung von Richtlinienbestimmungen in multipolaren Rechtsverhältnissen?	90
a. Gegner der mittelbaren horizontalen Wirkung	90
b. Befürworter der mittelbaren horizontalen Wirkung	91
c. Differenzierende Auffassungen	93

d. Würdigung	96
III. Eigene Auffassung	97
1. Der (fehlende) normative Charakter von Richtlinien als Determinante zur Bestimmung der Reichweite der unmittelbaren Wirkung	98
a. Das Konzept des <i>legal review</i> – Richtlinien als Maßstab für die nationale Rechtsanwendung	99
aa. Herleitung aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes	99
bb. Konsequenzen für das Verhältnis zwischen EG-Richtlinien und dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten	101
cc. Auswirkungen auf die Reichweite der unmittelbaren Wirkung	104
dd. Kritik am Konzept des <i>legal review</i>	105
b. Unmittelbare Wirkung als Konsequenz der Verletzung einer Sonderverbindung zwischen Mitgliedstaat und Marktbürger	107
c. Anordnung der unmittelbaren Wirkung durch den EuGH	108
d. Stellungnahme und eigene Lösung	110
aa. Die unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten	110
bb. Die gemeinschaftsrechtliche Grundlage der unmittelbaren Wirkung	110
(1) Geltungsvorrang des Gemeinschaftsrechts? Zur Auffassung des <i>legal review</i>	111
(a) Die Rechtsprechung des EuGH zur Kontrolle des Umsetzungsspielraums von Richtlinien	111
(b) Das Verhältnis zwischen dem Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten	112
(c) Zwischenergebnis	116
(2) Verletzung einer Sonderbeziehung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaat	117
(3) Anordnung der unmittelbaren Wirkung durch den EuGH	118
(4) Zwischenergebnis	119
(5) Eigene Lösung	119
cc. Kategorien der unmittelbaren Wirkung	121
2. Grenzen der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien	123
a. Begrenzung der unmittelbaren Wirkung durch das Primärrecht der Europäischen Gemeinschaft	124
aa. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes	125
(1) Verhältnis Gemeinschaft – Marktbürger	126
(2) Verhältnis Mitgliedstaat – Marktbürger	126
bb. Der Vorbehalt des Gesetzes	128
(1) Ausprägung des gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalts	128
(2) Vereinbarkeit der vertikal belastenden unmittelbaren Wirkung mit dem Gesetzesvorbehalt	130
(3) Vereinbarkeit der horizontalen unmittelbaren Wirkung mit dem Gesetzesvorbehalt	132
(4) Vereinbarkeit der mittelbaren horizontalen Wirkung mit dem Gesetzesvorbehalt	132
(5) Vereinbarkeit der verfahrensrechtlichen unmittelbaren Wirkung mit dem Gesetzesvorbehalt	134
cc. Zwischenergebnis	135
b. Begrenzung der unmittelbaren Wirkung durch die Integrationsschranken des nationalen Verfassungsrechts	136
aa. Deutschland	137

(1) Die Identität des Grundgesetzes als Schranke für die Übertragung von Hoheitsrechten	137
(2) Der Kernbereich des Grundgesetzes	141
(3) Folgen für die Reichweite der unmittelbaren Wirkung	142
(a) Der Vorrang des Gesetzes	142
(b) Der Vorbehalt des Gesetzes	146
(4) Zwischenergebnis	148
bb. Frankreich	148
(1) Die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäischen Gemeinschaften und die Europäische Union	148
(2) Das Verhältnis zwischen französischem Recht und Gemeinschaftsrecht	153
(3) Zwischenergebnis	157
cc. Zusammenfassung	158
§ 9 Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts	159
A. Dogmatische Grundlage der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung	160
B. Anwendungsbereich der richtlinienkonformen Auslegung	163
I. Verhältnis zur unmittelbaren Wirkung	163
1. Unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien als Voraussetzung der richtlinienkonformen Interpretation?	164
2. Vorrang der richtlinienkonformen Interpretation gegenüber der unmittelbaren Wirkung?	165
II. Der richtlinienkonformen Auslegung unterworfenen Normen	166
III. Bedeutung der Umsetzungsfrist	167
C. Die Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung	169
I. Beschränkung durch Gemeinschaftsrecht	169
1. Beschränkung durch primäres Gemeinschaftsrecht	170
2. Beschränkung durch sekundäres Gemeinschaftsrecht	172
II. Die Interpretationsfähigkeit des nationalen Rechts als Voraussetzung und Schranke richtlinienkonformer Auslegung	172
1. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes	173
a. Die Urteile in den Rechtssachen <i>Von Colson und Kamann</i> und <i>Harz</i>	174
b. Das Urteil in der Rechtssache <i>Dekker</i>	175
c. Das Urteil in der Rechtssache <i>Marleasing</i>	176
d. Das Urteil in der Rechtssache <i>Wagner Miret</i>	178
e. Das Urteil in der Rechtssache <i>Arcaro</i>	179
f. Das Urteil in der Rechtssache <i>Océano Grupo Editorial</i>	180
g. Die Urteile in den Rechtssachen <i>Bellone</i> und <i>Centrosteel</i>	181
h. Das Urteil in der Rechtssache <i>Heininger</i>	182
i. Das Urteil in der Rechtssache <i>Cofidis</i>	183
j. Das Urteil in der Rechtssache <i>Pfeiffer</i>	184
k. Zusammenfassung	186
2. Auffassungen im Schrifttum	188
3. Stellungnahme	192
4. Eigene Auffassung	193
a. Die Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts	193
b. Modifikation der nationalen Rechtsauslegung und -fortbildung durch die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung	197
aa. Das Verhältnis der Verpflichtung zur richtlinienkonformen	

Auslegung zu den nationalen Auslegungsmethoden	198
bb. Integration der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung in die Methodik deutscher Rechtsauslegung und -fortbildung	201
(1) Auslegung	201
(a) grammatikalische Auslegung	201
(b) historische Auslegung	202
(c) systematische Auslegung	203
(d) teleologische Auslegung	204
(e) verfassungskonforme Auslegung	204
(2) Rechtsfortbildung	205
(a) gesetzesimmanente Rechtsfortbildung	206
(b) gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung	207
c. Ergebnis	208
§ 10 Zusammenfassung der Ergebnisse	209
4. Teil: Auswirkungen der horizontalen Wirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien im deutschen Verwaltungsrecht am Beispiel von Vogelschutz- und FFH-Richtlinie	210
§ 11 Das ökologische Netz <i>Natura 2000</i>	211
A. Errichtung des ökologischen Netzes durch die Ausweisung von Schutzgebieten	212
I. Besondere Vogelschutzgebiete	212
II. FFH-Gebiete	215
B. Folgen der Gebietsausweisung	217
I. Erfordernis von Schutz- und Erhaltungsmaßnahmen	217
II. Das Schutzregime des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie	218
1. Anwendungsbereich	218
2. Das allgemeine Verschlechterungs- und Störungsverbot	218
3. Die Behandlung von Plänen und Projekten	219
III. Nachträgliche Gebietsänderungen	222
C. Umsetzung und Vollzug von Vogelschutz- und FFH-Richtlinie im deutschen Recht	224
I. Die Umsetzung von Vogelschutz- und FFH-Richtlinie	224
1. Die Errichtung von <i>Natura 2000</i>	226
2. Schutz und Erhaltung ausgewiesener Schutzgebiete im deutschen Recht	229
a. Die Gewährleistung des allgemeinen Verschlechterungs- und Störungsverbots im deutschen Recht	229
b. Die Umsetzung von Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie	230
c. Die unmittelbare Wirkung von Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie	236
II. Verwaltungsvollzug	237
1. Die Ausweisung besonderer Vogelschutzgebiete	237
a. Der Vollzugsstand in Deutschland	237
b. Faktische Vogelschutzgebiete als Folge von Versäumnissen bei der Gebietsausweisung	238
2. Die Meldung von nationalen Gebieten nach Art. 4 FFH-Richtlinie	241
a. Ablauf der in Art. 4 FFH-Richtlinie genannten Fristen	241
b. Die rechtliche Möglichkeit potentieller FFH-Gebiete	242
aa. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts	243
bb. Auffassungen im Schrifttum	248
cc. Stellungnahme	250
III. Zwischenergebnis	253

§ 12 Die horizontale Wirkung von EG-Richtlinien in Planfeststellungsverfahren	254
A. Einordnung der objektiven unmittelbaren Wirkung von Richtlinien in die planungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes	255
B. Rechtsschutz einzelner gegen Projekte privater Vorhabenträger	257
§ 13 Die horizontale Wirkung von EG-Richtlinien im Immissionsschutzrecht	258
5. Teil: Schlussfolgerungen	261
§ 14 Fazit	261
§ 15 Thesen	262
Literaturverzeichnis	266

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Aufl.	Auflage
BauGB	Baugesetzbuch
BayNatSchG	Bayerisches Naturschutzgesetz
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
C.M.L.Rev	Common Market Law Review
d.h.	das heißt
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsche Verwaltungsblätter
EC	European Community
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELF	European Legal Forum
E.L.Rev.	European Law Review
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union

EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FFH	Fauna-Flora-Habitat
FS	Festschrift
GewA	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.S.v.	im Sinne von
JBl.	Juristische Blätter
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RFDA	Revue Française de Droit Administratif
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes
ThürNatG	Thüringer Naturschutzgesetz
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

1. Teil: Einführung

§ 1 Einleitung

Es kommt in der Gemeinschaftspraxis regelmäßig vor, dass Mitgliedstaaten der Europäischen Union es versäumen, EG-Richtlinien innerhalb der festgelegten Umsetzungsfrist ordnungsgemäß in nationales Recht umsetzen. Die fehlende oder unzureichende Richtlinienumsetzung und die daraus resultierenden Konsequenzen waren bereits Gegenstand zahlreicher Entscheidungen in der Rechtsprechung und umfassender Diskussionen in der juristischen Literatur. Dreh- und Angelpunkt der Kontroverse ist das Problem, wie das Spannungsverhältnis zwischen der bewussten Ausgestaltung der Richtlinie als Akt mittelbarer Rechtsetzung und dem Erfordernis, ihren Regelungen auch im Falle verspäteter oder unzureichender Umsetzung zu größtmöglicher Wirksamkeit zu verhelfen, aufgelöst werden kann.

Gegenstand dieser Untersuchung ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang Bestimmungen nicht (vollständig) in nationales Recht umgesetzten EG-Richtlinien Wirkungen zukommen können, die auf das Verhältnis zwischen Gemeinschaftsbürgern ausstrahlen und somit horizontale Wirkung entfalten.

§ 2 Ziel und Verlauf der Untersuchung

A. Ziel der Untersuchung

Eine horizontale Wirkung von EG-Richtlinien ist auf der Grundlage zweier, jeweils voneinander unabhängiger Rechtsinstitute denkbar, die der Europäische Gerichtshof in richterlicher Rechtsfortbildung entwickelt hat: Der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien und der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung des nationalen Rechts.

Zur Bezeichnung der Möglichkeit des einzelnen, sich unmittelbar auf eine Bestimmung des Gemeinschaftsrechts zu berufen, existiert eine verwirrende Vielzahl von Begriffen, die zudem uneinheitlich verwendet werden. Hier werden in Anlehnung an die Terminologie des Europäischen Gerichtshofes (wenngleich auch diese Unregelmäßigkeiten aufweist) die

Begriffe „unmittelbare Anwendbarkeit“ für Bestimmungen des primären Gemeinschaftsrechts, „unmittelbare Geltung“ für Verordnungen und „unmittelbare Wirkung“ für Richtlinien und Entscheidungen verwendet.

Die unmittelbare Wirkung unterlag als Produkt richterlicher Rechtsfortbildung einer kontinuierlichen Ausgestaltung und Präzisierung durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes. Spätestens seit den Entscheidungen in den Rechtssachen *van Duyn*¹ und *Ratti*² entspricht es der gefestigten Rechtsprechung des EuGH, dass sich ein einzelner gegenüber dem säumigen Mitgliedstaat auf hinreichend klare und unbedingte, ihn begünstigende Bestimmungen einer Richtlinie berufen kann, wenn der Mitgliedstaat die Richtlinie nicht ordnungsgemäß innerhalb der Umsetzungsfrist umgesetzt hat. Dem Gerichtshof zufolge ist dem Mitgliedstaat die Berufung auf die fehlende Umsetzung verwehrt, da er selbst die Erfüllung der ihm aus der Richtlinie erwachsenen Verpflichtungen versäumt hat. Hingegen stellte sich der Gerichtshof in seinen Urteilen *Marshall*³ und *Kolpinghuis Nijmegen*⁴ auf den Standpunkt, dass niemals ein einzelner durch die unmittelbare Wirkung von Richtlinien belastet werden darf. Konsequenterweise lehnte der Gerichtshof auch eine unmittelbare horizontale Wirkung von EG-Richtlinien zwischen mehreren Gemeinschaftsbürgern zunächst kategorisch ab (*Faccini Dori*⁵, *Corte Inglés*⁶).

Dem steht die Tendenz in der jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofes gegenüber, hinreichend klaren Bestimmungen nicht umgesetzter Richtlinien, durch die den Mitgliedstaaten bestimmte Verpflichtungen auferlegt werden, unabhängig von einer den Gemeinschaftsbürger begünstigenden Wirkung den Rang objektiv zu beachtenden Gemeinschaftsrechts beizumessen. In seiner *Großkrotzenburg*⁷-Entscheidung grenzte der Gerichtshof diese objektive unmittelbare Wirkung von der (an der Verwirklichung von Individualrechten orientierten) subjektiven unmittelbaren Wirkung klar ab. Durch objektiv unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen können in multipolaren Rechtsverhältnissen, in denen durch einen Träger öffentlicher Gewalt ein Rechtsverhältnis zwischen mehreren Gemeinschaftsbürgern oder sonstigen Subjekten des Privatrechts entsteht, einzelnen mittelbar Belastungen auferlegt werden. Durch diese Rechtsprechung wird jedoch die Tragweite der vom Europäischen Gerichtshof vollzogenen Ablehnung der unmittelbaren Wirkung nicht

¹ EuGH, Urt. v. 4.12.1974, Rs. 41/74, Slg. 1974, I-1337

² EuGH, Urt. v. 5.4.1979, Rs. 148/78, Slg. 1979, I-1629

³ EuGH, Urt. v. 26.2.1986, Rs. 152/84, Slg. 1986, I-723

⁴ EuGH, Urt. v. 8.10.1987, Rs. 80/86, Slg. 1987, I-3969

⁵ EuGH, Urt. v. 14.7.1994, Rs. 91/92, Slg. 1994, I-3325

⁶ EuGH, Urt. v. 7.3.1996, Rs. C-192/94, Slg. 1996, I-1281

⁷ EuGH, Urt. v. 11.8.1995, Rs. C-431/92, Slg. 1995, I-2189

(hinreichend) umgesetzter Richtlinien in Fällen, in denen einzelnen unmittelbar Verpflichtungen auferlegt würden, gänzlich in Frage gestellt.

Mehrere in jüngerer Zeit ergangene Entscheidungen des EuGH werfen zudem die Frage auf, an welche Grenzen die unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen gebunden ist, die keinen materiellen Regelungsinhalt haben, sondern lediglich für die Mitgliedstaaten verbindliche Verfahrensvorschriften enthalten. So sprach der Gerichtshof in den Entscheidungen *CIA Security International*⁸ und *Unilever*⁹ mehreren Bestimmungen der Richtlinie 83/189/EWG¹⁰, die Verfahrenspflichten für die Mitgliedstaaten beim Erlass bestimmter technischer Vorschriften enthält, unmittelbare Wirkung zu und erklärte nationale Rechtsvorschriften, die unter Verstoß gegen diese Bestimmungen zustande gekommen waren, ungeachtet der Natur des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses für unanwendbar. Mit diesen Entscheidungen hat der Gerichtshof die Ablehnung der horizontalen unmittelbaren Wirkung zumindest im Anwendungsbereich der Richtlinie 83/189/EWG aufgegeben.

Richtlinienbestimmungen beeinflussen die nationale Rechtsanwendung nicht nur im Fall ihrer unmittelbaren Wirkung, sondern auch durch die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nationaler Rechtsvorschriften. Unter richtlinienkonformer Auslegung wird die Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Gerichte und Behörden verstanden, das vom Umsetzungsprogramm einer EG-Richtlinie umfasste nationale Recht „im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen“.¹¹

Im Gegensatz zur unmittelbaren Wirkung umfasst der Anwendungsbereich der richtlinienkonformen Auslegung nicht lediglich den „pathologischen“ Fall der unzureichenden oder unterlassenen Richtlinienumsetzung. Vielmehr ist häufig erst durch das Instrument der richtlinienkonformen Auslegung gewährleistet, dass die der Herstellung einer richtlinienkonformen Rechtslage dienenden nationalen Rechtsvorschriften in einer Weise angewendet werden, welche die Erreichung des Umsetzungsziels sicherstellt. Die richtlinienkonforme Auslegung ermöglicht den Mitgliedstaaten, durch Auslegung ihres nationalen Rechts eine richtlinienkonforme Rechtslage herzustellen. Sie trägt damit dem Willen des nationalen Gesetzgebers Rechnung, soweit das Gemeinschaftsrecht es zulässt, anstelle ihn durch die Nichtanwendung der nationalen Norm vollständig außer Acht zu lassen

⁸ EuGH, Urt. v. 30.4.1996, Rs. C-194/94, Slg. 1996, I-2201

⁹ EuGH, Urt. v. 26.9.2000, Rs. C-443/98, Slg. 2000, I-7535

¹⁰ Richtlinie des Rates vom 28.3.1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. L 109, 8, geändert insbesondere durch die Richtlinie 88/182/EWG des Rates vom 22.3.1988 (ABl. L 81, 75) und die Richtlinie 94/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.3.1994 zur zweiten wesentlichen Änderung der Richtlinie 83/189/EWG (ABl. L 100, 30). Im Folgenden wird die Bezeichnung „Richtlinie 83/189/EWG“ verwendet.

¹¹ EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, I-1891

wie im Fall der unmittelbaren Wirkung. Dies gibt Anlass zu der Frage, ob die richtlinienkonforme Auslegung damit im Hinblick auf das in Art. 5 Abs. 2 EG niedergelegte Subsidiaritätsprinzip grundsätzlich Vorrang gegenüber der unmittelbaren Wirkung genießt. Der Anwendungsbereich der richtlinienkonformen Auslegung, für die die Grenzen der unmittelbaren Wirkung nicht gelten, ist somit weiter als derjenige der unmittelbaren Wirkung. In seiner für die Ausprägung der richtlinienkonformen Auslegung grundlegenden Entscheidung *von Colson und Kamann*¹² trug der Europäische Gerichtshof dem extensiven Anwendungsbereich der richtlinienkonformen Auslegung dadurch Rechnung, dass er sie nur insoweit zuließ, als die betreffende nationale Rechtsnorm interpretationsfähig war. So wurden größere Eingriffe in die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten vermieden. Diese Beschränkung stellt der Gerichtshof in seiner jüngeren Rechtsprechung zunehmend in Frage. Insbesondere die Urteile *Océano Grupo Editorial*¹³ und *Cofidis*¹⁴ indizieren, dass der Europäische Gerichtshof dem Gemeinschaftsrecht mit Hilfe der richtlinienkonformen Auslegung gerade dort zur Durchsetzung verhilft, wo die unmittelbare Wirkung nicht in Betracht kommt. Damit tritt der Sinngehalt der richtlinienkonform auszulegenden nationalen Rechtsnorm jedoch ungeachtet ihrer Interpretationsfähigkeit immer mehr zugunsten der vorbehaltlos anwendbaren Richtlinienbestimmung, die auf diese Weise uneingeschränkte horizontale Wirkung entfaltet, in den Hintergrund.

Die Auswirkungen der horizontalen Wirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien im deutschen Verwaltungsrecht sollen anhand der Vogelschutzrichtlinie¹⁵ und der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie¹⁶ (im Folgenden: FFH-Richtlinie) dargestellt werden. Durch diese Richtlinien hat der Gemeinschaftsgesetzgeber umfassende Vorgaben geschaffen und so einheitliche Gemeinschaftsstandards begründet, zu deren Herstellung und Wahrung die Mitgliedstaaten verpflichtet sind. Trotz des Ablaufs der Umsetzungsfrist ist es dem deutschen Gesetzgeber (in einem im Laufe der Untersuchung noch zu erörternden Ausmaß) bislang noch nicht gelungen, den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im nationalen Recht volle Geltung zu verschaffen. Somit eignen sich diese Richtlinien besonders zur Darstellung der aus der fehlenden bzw. unzureichenden Umsetzung resultierenden horizontalen Wirkung von Richtlinienbestimmungen.

¹² EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, I-1891

¹³ EuGH, Urt. v. 27.6.2000, Verb. Rs. C-240/98 und C-244/98, Slg. 2000, I-4941

¹⁴ EuGH, Urt. v. 21.11.2002, Rs. C-473/00, EuZW 2003, 27

¹⁵ Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2.4.1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. EG 1979 Nr. L 103, 1; zuletzt geändert durch die Richtlinie 97/49/EG vom 29.7.1997, ABl. EG 1997, Nr. L 223, 9

¹⁶ Richtlinie 92/43/EWG des Rates zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen vom 21.5.1992, ABl. EG 1992 Nr. L 206, 7; zuletzt geändert durch die Richtlinie 97/62/EG vom 27.10.1997, ABl. EG 1997, Nr. L 305, 42

B. Verlauf der Untersuchung

Die Einführung bildet den ersten Teil der Untersuchung. Sie beinhaltet die Einleitung (§ 1) sowie eine Darstellung von Ziel und Verlauf der Untersuchung (§ 2).

Im zweiten Teil der Untersuchung wird die Wirkungsweise der Richtlinie im Fall ihrer ordnungs- und fristgemäßen Umsetzung beschrieben. Zunächst wird die grundsätzliche Funktionsweise des Regelungsinstruments Richtlinie dargelegt (§ 3). In diesem Zusammenhang wird die Untersuchung klären, welche Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Gemeinschaftsgesetzgeber beim Erlass von Richtlinien beachten muss (§ 4) und wer als „innerstaatliche Stelle“ im Sinne von Art. 249 Abs. 3 EG und damit als Adressat des Umsetzungsbefehls von Richtlinien in Betracht kommt (§ 5). Anschließend werden die Implementierung von Richtlinien in nationales Recht (§ 6) und die von Richtlinien vor und nach ihrer Umsetzung ausgehende Sperrwirkung (§ 7) untersucht.

Der dritte Teil der Untersuchung ist der horizontalen Wirkung von EG-Richtlinien als Konsequenz fehlender und defizitärer Richtlinienumsetzung gewidmet.

Zu Beginn wird die unmittelbare Wirkung als eine mögliche Grundlage der horizontalen Wirkung erörtert (§ 8). Zunächst wird die mittlerweile im Grundsatz allgemein anerkannte vertikal begünstigende unmittelbare Wirkung behandelt. Dabei wird untersucht, auf welche gemeinschaftsrechtliche Grundlage sie sich stützt, an welche Voraussetzungen sie geknüpft und an wen sie gerichtet ist. In diesem Zusammenhang wird auf die Frage eingegangen, ob unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen von Amts wegen zu beachten sind. Anschließend werden die kontrovers diskutierten Fallgruppen der vertikal belastenden unmittelbaren Wirkung und der horizontalen unmittelbaren Wirkung behandelt. Zu Beginn wird die diesbezügliche Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofes dargestellt und gewürdigt. Dann werden die von den nationalen Gerichten und in der juristischen Literatur vertretenen maßgeblichen Positionen zur vertikal belastenden unmittelbaren Wirkung und zur horizontalen unmittelbaren Wirkung aufgezeigt. Schließlich wird die eigene Auffassung zu den Grenzen der verschiedenen Kategorien der unmittelbaren Wirkung dargelegt.

Das nächste Kapitel beschäftigt sich mit der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts, durch die EG-Richtlinien möglicherweise ebenfalls horizontale Wirkung vermitteln können (§ 9). Zunächst wird die Frage behandelt, was die dogmatische Grundlage der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung des nationalen Rechts ist. Im Anschluss daran wird der Anwendungsbereich dieser Rechtsfigur bestimmt. Schließlich werden die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung untersucht. Diese werden zunächst durch das

Gemeinschaftsrecht selbst bestimmt. Anschließend wird untersucht, inwieweit die richtlinienkonforme Auslegung durch die Interpretationsfähigkeit des nationalen Rechts begrenzt ist.

Eine Zusammenfassung der Ergebnisse bildet den Abschluss des dritten Teils (§ 10).

Im vierten Teil der Untersuchung soll unter Berücksichtigung der zuvor gewonnenen Ergebnisse die horizontale Wirkung von Bestimmungen der Vogelschutz- und der FFH-Richtlinie in Planfeststellungsverfahren und im Immissionsschutzrecht dargestellt werden.

Dazu ist es erforderlich, zunächst die Funktionsweise des ökologischen Netzes *Natura 2000* und seine Verwirklichung in Deutschland aufzuzeigen (§ 11). In einem ersten Abschnitt wird die Entstehung von *Natura 2000* durch die Ausweisung bzw. Meldung geeigneter Schutzgebiete erläutert und das Schutzsystem, dem diese Gebiete nach erfolgter Ausweisung unterliegen, beschrieben. Anschließend wird der Frage nachgegangen, inwieweit die Verwirklichung von *Natura 2000* in Deutschland bereits erfolgt ist und in welchem Umfang noch Umsetzungs- und Vollzugsdefizite bestehen. Davon ausgehend werden die Bestimmungen identifiziert, die einer unmittelbaren Wirkung fähig sind. Anschließend wird untersucht, inwieweit diese Bestimmungen objektiv unmittelbar wirksam sind. Im Zusammenhang mit dem Richtlinienvollzug erfolgt eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Anerkennung faktischer Vogelschutzgebiete und den daran anknüpfenden Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zur rechtlichen Möglichkeit potentieller FFH-Gebiete.

In den folgenden Kapiteln wird erörtert, inwieweit objektiv unmittelbar wirksamen Bestimmungen der Vogelschutz- und FFH-Richtlinie im deutschen Verwaltungsrecht mittelbare horizontale Wirkung zukommen kann. Zunächst wird die mittelbare horizontale Wirkung von Bestimmungen der Vogelschutz- und FFH-Richtlinie in Planfeststellungsverfahren (§ 12) dargestellt. Dabei werden die dogmatischen Grundlagen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts behandelt, nach der sich auch enteignungsbetroffene Privatpersonen im Rahmen eines Planfeststellungsverfahrens auf die Verletzung objektiven Rechts berufen können. Im Anschluss daran wird untersucht, inwieweit EG-Richtlinien im Immissionsschutzrecht mittelbare horizontale Wirkung entfalten können (§ 13).

Der fünfte Teil beinhaltet das Fazit (§ 14) und die Thesen (§ 15).

2. Teil: Die Wirkungsweise der Richtlinie als Instrument europäischer Rechtssetzung und Rechtsverwirklichung

Bevor auf die horizontale Wirkung von EG-Richtlinien eingegangen werden kann, ist es zunächst erforderlich, die Wirkungsweise von Richtlinien im Fall ihrer rechtzeitigen und ordnungsgemäßen Umsetzung zu erläutern. Da lediglich dieser Fall im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ausdrücklich geregelt ist, bildet er den dogmatischen Ausgangspunkt für sämtliche weitergehende Wirkungen von Richtlinienbestimmungen.

In den folgenden Kapiteln soll dargelegt werden, wie das Rechtsinstrument der Richtlinie funktioniert. Nach einer Behandlung der Richtlinie als Gemeinschaftsrechtsakt wird der Frage nachgegangen, welche Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Gemeinschaftsgesetzgeber beim Erlass von Richtlinien zu beachten hat. Anschließend wird untersucht, wer Adressat des Umsetzungsbefehls ist und welche gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben die zur Richtlinienumsetzung berufenen nationalen Stellen zu beachten haben. Eine Analyse der von Richtlinien vor und nach ihrer Umsetzung ausgehenden Sperrwirkung bildet den Abschluss des Kapitels.

§ 3 Die EG-Richtlinie als Gemeinschaftsrechtsakt

Die Richtlinie im Sinne von Art. 249 Abs. 3 EG ist eine Schöpfung des Gemeinschaftsrechts. Sie entspricht der Empfehlung des Art. 14 Abs. 3 EGKS. Im Gegensatz zur Verordnung, die unmittelbar in den Mitgliedstaaten gilt, ist die Richtlinie nur hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich und überlässt den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. In diesem zweistufigen Rechtssetzungsverfahren sollen demnach erst die durch den Umsetzungsakt geschaffenen nationalen Rechtsvorschriften unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten erlangen. Der Erlass dieser Vorschriften muß innerhalb einer bestimmten Umsetzungsfrist erfolgen, die in der jeweiligen Richtlinie festgelegt ist.

Nach dem Konzept der Richtlinie sollen den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung in nationales Recht Gestaltungsspielräume verbleiben, die sie nutzen können, um die Vorgaben der Gemeinschaft in ihr Rechtssystem einzufügen. Richtlinien stellen daher grundsätzlich einen geringeren Eingriff in die Rechtssetzungsbefugnis des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers dar als Verordnungen, die gem. Art. 249 Abs. 2 EG allgemeine Geltung beanspruchen und in jedem Mitgliedstaat unmittelbar zur Anwendung gelangen. Die Richtlinie stellt sich somit als

Regelungsinstrument zur Harmonisierung der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten dar, durch das einerseits die mitgliedstaatliche Rechtssetzung gesteuert werden kann, das aber andererseits dem nationalen Gesetzgeber bei der Implementierung der Richtlinie eine Berücksichtigung der Besonderheiten seiner Rechtsordnung ermöglicht. Demgegenüber kommt die EG-Verordnung nur in den Fällen zur Anwendung, in denen nach den Bestimmungen des primären Gemeinschaftsrechts eine Rechtsvereinheitlichung erforderlich ist. Sieht eine Befugnisnorm des EG-Vertrages keine bestimmte Rechtshandlung vor¹⁷, gebietet der in Art. 5 Abs. 3 EG normierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass die Maßnahmen der Gemeinschaft nicht über das für die Erreichung der Vertragsziele erforderliche Maß hinausgehen sollen. Daher wird auch in diesen Fällen häufig die Richtlinie gegenüber der Verordnung als Regelungsinstrument zu bevorzugen sein, sofern nicht der *effet utile* eine Regelung durch Verordnung erforderlich macht.

Die Rechtspraxis wird der Vorstellung von der Richtlinie als „mitgliedstaatenfreundlichem“ Rechtsakt, der sich stets klar von der Verordnung abgrenzen läßt, jedoch nicht immer gerecht. Zum einen regeln einige Richtlinien bestimmte Materien derart detailliert, dass der Umsetzungsspielraum im Extremfall völlig wegfallen kann. Diese Praxis wird vom Europäischen Gerichtshof offenbar als gemeinschaftskonform angesehen. So erklärte der Europäische Gerichtshof Bestimmungen einer Richtlinie, die in detaillierter und abschließender Weise den Handel mit gefährlichen Stoffen in der Gemeinschaft regeln, als für grundsätzlich mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.¹⁸ Dass den Mitgliedstaaten insoweit kein Spielraum bei der Umsetzung verbleibt, wurde vom Gerichtshof in dieser Entscheidung nicht problematisiert.

Andererseits existieren Richtlinien, die überhaupt nicht auf ihre Umsetzung in das mitgliedstaatliche Recht angelegt sind, sondern unmittelbare Pflichten für die Mitgliedstaaten begründen. So bestimmt die Richtlinie 83/189 EWG, dass die Mitgliedstaaten vor dem Erlass bestimmter in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallender nationaler technischer Vorschriften der Kommission alle Entwürfe dieser Vorschriften mitteilen und gewisse Sperrfristen beachten müssen, ehe sie diese in Kraft setzen können.

¹⁷ z.B. Art. 95 Abs. 1 EG, Art. 137 Abs. 2 EG, Art. 157 Abs. 3 S. 2 EG

¹⁸ EuGH, Urt. v. 14.10.1987, Rs. 278/85, Slg. 1987, I-4069 (4088 f.)

§ 4 Der Erlass von Richtlinien durch den Gemeinschaftsgesetzgeber

Der Erlass einer Richtlinie bildet die erste Phase des Rechtsetzungsverfahrens durch Richtlinien. Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft sieht mehrere Verfahren für den Erlass der Gemeinschaftsrechtsakte vor. Welches Verfahren zur Anwendung kommt, richtet sich nach der jeweiligen Befugnisnorm des EG-Vertrages. Daneben ergeben sich aus dem primären Gemeinschaftsrecht weitere formell-rechtliche sowie materiell-rechtliche Vorgaben für den Erlass von Richtlinien.

A. Formell-rechtliche Vorgaben

Damit eine Richtlinie Rechtswirksamkeit entfalten kann, muss sie zwingende formale Voraussetzungen erfüllen. Art. 230 Abs. 2 EG spricht insoweit von „wesentlichen Formvorschriften“. Darunter fallen insbesondere die in den Art. 250 ff. EG aufgeführten Verfahrensarten, die Pflicht zur Begründung der Richtlinie gem. Art. 253 EG und ihrer Bekanntmachung nach Art. 254 EG. Nach der Auffassung von *Constantinesco*¹⁹ muss ein Rechtsakt des Art. 249 EG, um rechtswirksam zu sein, darüber hinaus auch eine gewisse äußere Form wahren. So muss der Rechtsakt eine Bezeichnung enthalten, aus der hervorgeht, welcher Kategorie von Rechtsakten er angehört. Darüber hinaus muss ein Rechtsakt einen Hinweis bezüglich seiner Nummer und seines Inhalts enthalten.

Das beim Erlass einer Richtlinie anzuwendende Verfahren ist entweder in der Befugnisnorm, die zum Erlass einer Richtlinie ermächtigt, selbst geregelt oder die Befugnisnorm verweist bezüglich des Verfahrens auf die Art. 250 ff. EGV. Den Verfahrensvorschriften kann auch entnommen werden, welches Gemeinschaftsorgan zum Erlass einer Richtlinie zuständig ist und in welcher Weise die übrigen Gemeinschaftsorgane beteiligt werden müssen.

Die Begründungspflicht hat die Aufgabe, die „Transparenz der Gründe und Motive der erlassenden Organe sicherzustellen“²⁰ und dient damit vor allem einer wirksamen Rechtskontrolle. Die Begründungspflicht ist nicht lediglich eine formell-, sondern darüber hinaus auch eine materiell-rechtliche Voraussetzung. So ist eine Richtlinie unwirksam, wenn sie nicht die zugrundeliegenden erheblichen tatsächlichen Feststellungen und die maßgeblichen rechtlichen Erwägungen enthält, auf die ihr Erlass gestützt ist.

¹⁹ Constantinesco, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, 588 f.

²⁰ Constantinesco, a.a.O., 589 f.

Nach Art. 254 Abs. 1 und Abs. 2 EG sind Richtlinien im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften zu veröffentlichen, wenn sie nach dem Verfahren des Art. 251 EG angenommen wurden oder an alle Mitgliedstaaten gerichtet sind. Sie treten zu dem durch sie festgelegten Zeitpunkt oder – mangels einer diesbezüglichen Regelung – am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung in Kraft. Die übrigen Richtlinien sind gem. Art. 254 Abs. 3 EG dem Adressaten bekannt zu geben und werden durch die Bekanntgabe wirksam.

B. materiell-rechtliche Vorgaben

I. Bindung an höherrangiges Recht

Als sekundäres Gemeinschaftsrecht müssen Richtlinien mit höherrangigem Recht vereinbar sein. Dazu zählen zunächst die primärrechtlichen Vorgaben des EG-Vertrages und der (ungeschriebenen) allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts. So wird nach dem in Art. 5 Abs. 1 EG niedergelegten Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung die Gemeinschaft nur innerhalb der ihr in diesem Vertrag zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig. Das in Art. 5 Abs. 2 EG kodifizierte Subsidiaritätsprinzip lässt ein Tätigwerden der Gemeinschaft nur zu, sofern und soweit die in Betracht gezogenen Maßnahmen auf mitgliedstaatlicher Ebene nicht hinreichend effektiv ausgeführt werden können und daher ein Tätigwerden der Gemeinschaft besser geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen. Begriffsnotwendig ausgeschlossen vom Subsidiaritätsprinzip ist der Bereich ausschließlicher Gemeinschaftszuständigkeit. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gem. Art. 5 Abs. 3 EG sollen die Maßnahmen der Gemeinschaft nicht über das für die Erreichung der Ziele dieses Vertrages erforderliche Maß hinausgehen.

Gemäß Art. 300 Abs. 7 EG sind die von der Europäischen Gemeinschaft abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge für die Organe der Gemeinschaft und für die Mitgliedstaaten verbindlich. Dies hat der Europäische Gerichtshof in seiner Entscheidung in der Sache *Haegemann II*²¹ bestätigt. Dort stellte der Gerichtshof fest, dass die von der Europäischen Gemeinschaft abgeschlossenen Abkommen einen „integrierenden Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung“ bilden und, da sie für die Gemeinschaftsorgane verbindlich

²¹ EuGH, Urt. v. 30.04.1974, Rs. 181/73, Slg. 1974, I-449

sind, als Normen des Völkerrechts Vorrang vor dem sekundären Gemeinschaftsrecht haben.²² Somit müssen EG-Richtlinien auch mit den von der Europäischen Gemeinschaft abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen vereinbar sein.

II. zulässige Regelungsdichte

Der Wortlaut des Art. 249 Abs. 3 EG, wonach die Richtlinie für die Mitgliedstaaten „hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich“ ist, den innerstaatlichen Stellen jedoch die „Wahl der Form und Mittel“ überläßt, legt nahe, dass den Mitgliedstaaten bei der Implementierung von Richtlinien in nationales Recht ein gewisser Umsetzungsspielraum verbleiben muss. Dem steht jedoch die Tendenz in der Gemeinschaftspraxis gegenüber, Richtlinien in zunehmendem Maße mit konkreten, auf den Einzelfall bezogenen Regelungen zu versehen, bei denen den Mitgliedstaaten für die Umsetzung kein oder nur ein geringer Spielraum verbleibt (detaillierte Richtlinien).²³ Derartige Richtlinien sind z.B. die Richtlinie 80/779/EWG des Rates vom 15.7.1980 über Grenzwerte und Leitwerte der Luftqualität für Schwefeldioxid und Schwebstaub²⁴ und die Richtlinie 82/884/EWG des Rates vom 3.12.1982 betreffend einen Grenzwert für die Bleikonzentration in der Luft²⁵. Im Folgenden wird untersucht, inwieweit der Erlass von detaillierten Richtlinien zulässig ist.

1. Die Auffassung des Europäischen Gerichtshofs

Der Europäische Gerichtshof hat die gängige Praxis des Erlasses detaillierter Richtlinien in mehreren Entscheidungen ausdrücklich gebilligt. So hat der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache *Royer*²⁶ einen Widerspruch zwischen der Vorschrift des Art. 249 EG und einer Richtlinie, die hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Richtlinienumsetzung detaillierte Vorgaben für die Mitgliedstaaten enthielt, verneint. Nach der Auffassung des Gerichtshofes sind bei der Wahl der Form und der Mittel der Richtlinienumsetzung die Vorschriften und

²² EuGH, Urt. v. 30.04.1974, a.a.O. (460)

²³ vgl. Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge vom 03.03.1994 zur Rs. 316/93, Slg. 1994, I-763 (Rn. 28); Prechal, *Directives in EC Law*, 14 f.; Scherzberg, *Mittelbare Rechtsetzung durch Gemeinschaftsrecht*, Jura 1992, 572 (575 f.); Zuleeg, *Die Rechtswirkung europäischer Richtlinien*, ZGR 1980, 466 (471 ff.)

²⁴ ABl. EG 1980 Nr. L 229, 30

²⁵ ABl. EG 1982 Nr. L 378, 15

²⁶ EuGH, Urt. v. 8.4.1976, Rs. 48/75, Slg. 1976, I-497 (517)

Verbote des Gemeinschaftsrechts zu beachten. Wenn der Richtliniengeber bestimmte gemeinschaftsrechtlich geschützte Garantien bewusst als Verfahrensvorschriften ausgestaltet, seien die Mitgliedstaaten insoweit daran gebunden, als dass sie bei der Durchführung der Richtlinien diejenigen Formen und Mittel wählen müssten, die für die Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts am besten geeignet sind. In einer anderen Entscheidung²⁷ stellte der Gerichtshof fest, dass Richtlinien detaillierte Vorschriften über das von den Mitgliedstaaten anzuwendende Verfahren und die Form enthalten können, wenn der Richtlinienzweck dies erfordert. Aus Art. 249 Abs. 3 EG ergebe sich, dass die Mitgliedstaaten bei der Wahl der Form und der Mittel das Ziel berücksichtigen müssten, das der Gemeinschaftsgesetzgeber mit der Richtlinie verfolgt. Ähnlich äußert sich der Gerichtshof auch in dem Urteil *von Colson und Kamann*, in dem er unter Bezugnahme auf Art. 249 Abs. 3 EG feststellt: „Zwar belässt diese Bestimmung den Mitgliedstaaten die Freiheit bei der Wahl der Mittel und Wege zur Durchführung der Richtlinie, doch lässt diese Freiheit die Verpflichtung der einzelnen Mitgliedstaaten unberührt, im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie entsprechend ihrer Zielsetzung zu gewährleisten.“²⁸

2. Ansichten im Schrifttum

In der Literatur ist die Frage, ob und inwieweit den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien ein Umsetzungsspielraum verbleiben muss, umstritten. Gegen Versuche, die zulässige Regelungsintensität von EG-Richtlinien anhand einer grammatikalischen Auslegung der Begriffe „Ziel“, „Mittel“ und „Form“ zu bestimmen, wird eingewendet, dass eine Abgrenzung der Ziel-Elemente einer Richtlinie von ihren Mittel- oder Form-Elementen in der Praxis nur schwer durchführbar ist, da jedes Ziel zugleich Mittel zu einem anderen übergeordneten Ziel und jedes Mittel wiederum selbst ein Zwischenziel sein kann.²⁹

*Ipsen*³⁰ kommt über einen Vergleich des Wortlautes der verschiedenen Fassungen von Art. 249 Abs. 3 EG zu dem Ergebnis, dass die Verwendung des Begriffs „Ziel“ in der deutschen Vertragsfassung irreführend ist und zu Missinterpretationen verleitet. Dieser

²⁷ EuGH, Urt. v. 23.11.1977, Rs. 38/77 (Enka), Slg. 1977, I-2203 (2212)

²⁸ EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, I-1891 (1906)

²⁹ Oldekop, Die Richtlinien der EWG, 122 ff., 140

³⁰ Ipsen, Richtlinien-Ergebnisse, FS Ophüls, 67 (71 ff.)

Begriff sei sowohl im deutschen Recht als auch im Gemeinschaftsrecht im Sinne einer abstrakten Gesamtkonzeption besetzt, die dem Normadressaten Raum für die konkrete Rechtsgestaltung lasse. *Ipsen* stellt der deutschen Fassung den Wortlaut der anderen Vertragsfassungen gegenüber, die bewußt eine sprachliche Differenzierung zwischen den abstrakten Vertragszielen und den konkreten Zielen einer Richtlinie vornähmen. Er weist dabei unter anderem auf die Vorschrift des Art. 202 EG hin, wo der Begriff „Ziele“ [des Vertrags] mit *objets*, *scopi*, *doelstellingen* übersetzt ist, während zur Bezeichnung des „Ziels“ i.S.v. Art. 249 EG die Begriffe *résultat*, *risultato* und *resultaat* verwendet werden.

Die Vertragsfassungen anderer, nunmehr zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigetretenen Mitgliedstaaten scheinen die Auffassung von *Ipsen* zu bestätigen. So verwendet die englische Fassung in Art. 202 EG den Begriff *objectives* gegenüber *result* bei Art. 249 EG. In der spanischen (*fines – resultado*) und portugiesischen Fassung (*objectivos – resultado*) wird ebenfalls eine entsprechende Differenzierung vorgenommen.

Aus dieser Textvergleichen zieht *Ipsen* die Schlussfolgerung, dass das „Ziel“ der Richtlinie i.S.v. Art. 249 Abs. 3 EG nicht als globale, für jegliche Detaillierung ungeeignete Konzeption zu verstehen ist. Vielmehr werde durch das „Ziel“ das konkrete Ergebnis des in Form einer Richtlinie erlassenen Rechtsaktes bezeichnet, welches den Mitgliedstaaten nur im Rahmen der durch die jeweilige Richtlinie gezogenen Grenzen einen Handlungsspielraum bei der Umsetzung gewährt. Dieses Ergebnis sei im Interesse der Funktionsfähigkeit von Richtlinien auch wünschenswert.³¹

Während ein Großteil der Literatur dieser Auffassung folgend eine uneingeschränkte Regelungsintensität von EG-Richtlinien bejaht³² und zum Teil aufgrund der kontinuierlichen Gemeinschaftspraxis insoweit sogar von der Bildung europäischen Gewohnheitsrechts ausgeht³³, äußern andere Autoren Bedenken gegenüber der Zulässigkeit von detaillierten Richtlinien. So könne es den nationalen Parlamenten nicht zugemutet werden, eine Richtlinie in nationales Recht zu implementieren, die bereits alle Einzelheiten regelt, da die parlamentarische Demokratie einen gewissen Entscheidungsspielraum der nationalen Parlamente voraussetze.³⁴ Darüber hinaus werde die Abgrenzung zur Verordnung und zur Entscheidung verwischt.³⁵ Auch unter Hinweis auf die systematische Stellung der Richtlinie

³¹ *Ipsen*, a.a.O.

³² vgl. nur Biervert in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 249 EGV Rn. 25 f.; Grabitz in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union Art. 189 EGV Rn. 57; Oppermann, Europarecht Rn. 55; Scherzberg, Mittelbare Rechtsetzung durch Gemeinschaftsrecht, Jura 1992, 572 (574)

³³ Bleckmann, Europarecht, Rn. 142 ff.

³⁴ Zuleeg, Das Recht der EG im innerstaatlichen Bereich, 280

³⁵ Oldekop, a.a.O., 144, 160; derselbe, Die Richtlinien der EWG, JöR 1972, 55 (92 ff.)

neben der Verordnung wird teilweise unter Heranziehung der vom Bundesverfassungsgericht zur Rahmengesetzgebung entwickelten Grundsätze gefordert, dass den Mitgliedstaaten zumindest ein gewisses Maß an Gestaltungsspielraum verbleiben müsse.³⁶ Über das Ziel hinausschießende Regelungen in Richtlinien sollen dagegen nur unverbindlichen Modellcharakter haben.³⁷

3. Stellungnahme

Die auf Umsetzung in nationales Recht angelegten Richtlinien dienen dazu, in ihrem Regelungsbereich die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu harmonisieren und damit innerhalb der Gemeinschaft vergleichbare Rechtsstandards zu schaffen. Gerade in Bereichen wie dem Umweltrecht, in denen technische Mindeststandards geschaffen werden sollen, lässt sich dieses Ziel nur erreichen, wenn sehr detaillierte gemeinschaftsrechtliche Vorgaben bestehen. Daher muss es dem Gemeinschaftsgesetzgeber grundsätzlich möglich sein, auch im Wege der Richtlinie derart präzise Vorgaben zu erlassen, dass den Mitgliedstaaten jeglicher Gestaltungsspielraum genommen wird. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass die Bestimmung der Regelungsdichte ausschließlich im Ermessen des Gemeinschaftsgesetzgebers liegt und keinen Beschränkungen unterliegt. Sie wird vielmehr durch das primäre Gemeinschaftsrecht festgelegt.

So muss bei der Festlegung des Richtlinieninhalts die vertragliche Ermächtigungsgrundlage berücksichtigt werden, die dem Gemeinschaftsgesetzgeber beim Erlass der Richtlinie bereits enge Grenzen ziehen und damit eine „hinlängliche Absicherung dagegen, dass die Gemeinschaft unabsehbar ihre Kompetenzen erweitert“³⁸, enthalten kann.

Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus dem in Art. 5 Abs. 3 EG kodifizierten Prinzip der Verhältnismäßigkeit, das den Gemeinschaftsorganen den Erlass von Maßnahmen untersagt, die über das zur Erreichung der Vertragsziele erforderliche Maß hinausgehen. Damit bestimmt das Verhältnismäßigkeitsprinzip den Rahmen der zulässigen Regelungsdichte von Gemeinschaftsmaßnahmen.³⁹ Übereinstimmend damit haben die Regierungen der Mitgliedstaaten das Verhältnismäßigkeitsprinzip in den Schlussfolgerungen des Rates von Edinburgh⁴⁰ dahingehend interpretiert, dass bei Gemeinschaftsmaßnahmen den

³⁶ Hilf, Die Richtlinie der EG – ohne Richtung, ohne Linie?, EuR 1993, 1 (7); Zuleeg, a.a.O., 280

³⁷ Zuleeg, a.a.O., 281, 283

³⁸ Zuleeg, Die Rechtswirkung europäischer Richtlinien, ZGR 1980, 466

³⁹ so auch Langguth in: Lenz, EG-Vertrag, Art. 5 Rn. 30 f.

⁴⁰ Bulletin der EG 12/92, 7 (15)

Mitgliedstaaten soviel Entscheidungsspielraum eingeräumt werden soll, wie sich mit der Gewährleistung des Ziels der Maßnahme und der Einhaltung der Bestimmungen des Vertrages vereinbaren lässt. Nach Auffassung des Rates sollte die Rechtssetzungstätigkeit der Gemeinschaft nicht über das erforderliche Maß hinausgehen. So sei unter gleichen Gegebenheiten eine Richtlinie einer Verordnung und eine Rahmenrichtlinie einer detaillierten Maßnahme vorzuziehen. Diesen Standpunkt haben die Regierungen der Mitgliedstaaten in dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit⁴¹ erneut bekräftigt.

Zutreffend wird in diesem Zusammenhang auch auf die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips als Schranke für die Regelungsintensität hingewiesen.⁴² Wie sich aus dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 EG („sofern und *soweit*“) ergibt, bestimmt das Subsidiaritätsprinzip nicht nur, ob die Gemeinschaft in Bereichen der konkurrierenden Gesetzgebung überhaupt tätig werden darf, sondern legt auch den zulässigen Intensitätsgrad gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben fest.

Eine wirksame Rechtskontrolle von Richtlinien mittels dieser primärrechtlichen Vorgaben dürfte sich jedoch in der Praxis als schwierig gestalten, da der Europäische Gerichtshof dem Gemeinschaftsgesetzgeber insoweit einen großen Ermessensspielraum zugesteht und eine gesetzgeberische Entscheidung nur dann beanstandet, wenn diese offensichtlich fehlerhaft ist oder ein klarer Ermessensmissbrauch vorliegt.⁴³ Weitaus mehr Bedeutung dürfte dem Primärrecht im Rahmen der Auslegung von Richtlinien beizumessen sein.

§ 5 Die Zielrichtung des Umsetzungsbefehls

Die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur Umsetzung von Richtlinien in das nationale Recht der Mitgliedstaaten findet ihre Grundlage in Art. 249 Abs. 3 EG und Art. 10 Abs. 1 EG. Nach dem Wortlaut von Art. 249 Abs. 3 EG sind Richtlinien an einen oder mehrere Mitgliedstaaten gerichtet, wobei den „innerstaatlichen Stellen“ die Wahl von Form und Mitteln der Umsetzung überlassen ist. Diese Formulierung lässt offen, ob lediglich der jeweilige Mitgliedstaat als Einheit Empfänger des Umsetzungsbefehls ist oder ob die Pflicht zur

⁴¹ ABl. EG 1997 Nr. C-340/105, Nr. 6, 7

⁴² Pernice, Kriterien der normativen Umsetzung, EuR 1994, 325 (328); Trübe, Auswirkungen der Bundesstaatlichkeit Deutschlands auf die Umsetzung von EG-Richtlinien und ihren Vollzug, EuR 1996, 179 (181 f.)

⁴³ EuGH, Urt. v. 12.11.1996, Rs. 84/94, Slg. 1996, I-5755 (Rn. 55 ff.); Urt. v. 13.5.1997, Rs. 233/94, Slg. 1997, I-2405 (Rn. 54 ff.)

Richtlinienumsetzung in den innerstaatlichen Rechtskreis hineinwirkt und unmittelbar die nach der nationalen Kompetenzordnung des Mitgliedstaates zuständigen Organe bindet.

Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht trifft die Umsetzungsverpflichtung nur den jeweiligen Mitgliedstaat als Einheit.⁴⁴ Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Wortlaut des Art. 249 Abs. 3 EG, da darin lediglich eine deklaratorische Umschreibung der ohnehin schon bestehenden Staatenverpflichtung zu sehen sei. Zudem sei die Richtlinie nach dem Wortlaut des Vertrages an die Mitgliedstaaten gerichtet und könne daher nur für diese Pflichten begründen. Auch würde durch eine unmittelbare gemeinschaftsrechtliche Bindung einzelner Behörden die mitgliedstaatliche Autonomie verletzt.⁴⁵

Die überwiegende Auffassung im Schrifttum geht von einer Durchgriffswirkung des Umsetzungsbefehls aus.⁴⁶ Danach steht der Mitgliedstaat der Richtlinienverpflichtung nicht als repräsentative Rechtspersönlichkeit gegenüber, sondern ist als „funktionsbereites Organsystem“ angeschlossen, welches „direkt und differenziert je nach dem Inhalt der Richtlinienverpflichtung angesprochen und aktiviert wird“⁴⁷. Nach dieser Auffassung können Wirkkraft und Reichweite der Richtlinienverpflichtung nicht von der internen Kompetenz- und Organisationsstruktur der Mitgliedstaaten abhängig sein.⁴⁸ Richtlinien fänden als Teil des supranationalen Gemeinschaftsrechts auch ohne Umsetzung Eingang in die innerstaatliche Rechtsordnung und würden daher sämtliche Träger öffentlicher Gewalt im Rahmen und nach Maßgabe der ihnen durch das nationale Recht zugewiesenen Kompetenzen verpflichten.⁴⁹

Auch der Europäische Gerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass die Reichweite des Umsetzungsbefehls über eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten als Einheit hinausgeht.⁵⁰ In der Entscheidung *Von Colson und Kamann* betont der Gerichtshof, dass „die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in dieser vorgesehene Ziel zu erreichen, sowie die Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß Artikel 5 EWG-Vertrag [Art. 10 EG], alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen

⁴⁴ Constantinesco, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, 619; Di Fabio, Richtlinienkonformität als ranghöchstes Auslegungsprinzip?, NJW 1990, 947 (953); Herdegen, Europäisches Gemeinschaftsrecht und die Bindung deutscher Verfassungsorgane an das Grundgesetz – Bemerkungen zu neueren Entwicklungen nach dem „Solange II“-Beschluss, EuGRZ 1989, 309 (311)

⁴⁵ Kössinger, Die Durchführung des Europäischen Gemeinschaftsrechts im Bundesstaat, 36 (39 f.)

⁴⁶ vgl. nur Ipsen, Richtlinien-Ergebnisse, FS Ophüls, 67 (77); Scherzberg, Mittelbare Rechtssetzung durch Gemeinschaftsrecht, Jura 1992, 572 (576); Trübe, Auswirkungen der Bundesstaatlichkeit Deutschlands auf die Umsetzung von EG-Richtlinien und ihren Vollzug, EuR 1996, 179 (185 f., 190 f.); Zuleeg, Die Rechtswirkung europäischer Richtlinien, ZGR 1980, 466 (470 f.)

⁴⁷ Dendrinou, Rechtsprobleme der Direktwirkung der EWG-Richtlinien – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Griechenland, 211

⁴⁸ Scherzberg, Mittelbare Rechtssetzung durch Gemeinschaftsrecht, Jura 1992, 572 (576)

⁴⁹ Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, 15 ff.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 (Harz), Slg. 1984, I-1921 (1942); Urt. v. 8.10.1987, Rs. 80/86 (Kolpinghuis Nijmegen), Slg. 1987, I-3969 (3986); Urt. v. 20.9.1988, Rs. 31/87, Slg. 1988, I-4835 (4662)

allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten obliegen, und zwar im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten“⁵¹. Der letztgenannten Auffassung ist zuzustimmen. Zwar gelangen Richtlinien anders als Verordnungen i.S.d. Art. 249 Abs. 2 EG in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nicht unmittelbar zur Anwendung. Eine Ausnahme bildet lediglich die unmittelbare Wirkung von Richtlinien. Die Verpflichtung zur Umsetzung einer Richtlinie ist jedoch Teil der Gemeinschaftsrechtsordnung und weist daher auch die Charakteristika der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsordnung *sui generis*⁵² auf, die unter anderem dadurch geprägt ist, dass sie unmittelbare Pflichten für den einzelnen begründen kann. Somit wirkt der für die Mitgliedstaaten verbindliche Umsetzungsbefehl unmittelbar in die nationalen Rechtsordnungen hinein, so dass alle nach nationalem Recht zuständigen Träger hoheitlicher Gewalt zum Erlass der zur Umsetzung erforderlichen Rechtsvorschriften verpflichtet sind. Die Mitgliedstaaten können über ihre nationale Zuständigkeits- und Kompetenzordnung steuern, welche innerstaatlichen Stellen Adressaten des Umsetzungsbefehls sind, so dass ihre Autonomie insoweit gewahrt bleibt.

§ 6 Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben bei der Richtlinienumsetzung in nationales Recht

Die zweite Phase des Rechtsetzungsverfahrens durch Richtlinien besteht in der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht durch die im konkreten Fall zur Rechtsetzung berufenen nationalen Stellen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Interesse, ob die in den Richtlinien enthaltene Umsetzungsfrist strikte Beachtung erfordert und welche Anforderungen das Gemeinschaftsrecht an die Normen des nationalen Rechts, durch die eine Richtlinie umgesetzt werden soll, stellt.

A. Die Pflicht der Mitgliedstaaten zu fristgerechter Richtlinienumsetzung

Nach gängiger Gemeinschaftspraxis enthalten die auf Rechtsharmonisierung angelegten Richtlinien eine Frist, bis zu deren Ablauf die von den Mitgliedstaaten zur Erfüllung der Richtlinienvorgaben erlassenen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft getreten sein

⁵¹ EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, I-1891 (Rn. 26)

⁵² vgl. EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, I-1141 (Rn. 8)

müssen. Ihre Beachtung steht nicht zur Disposition der Mitgliedstaaten, sondern die Frist „nimmt an der Verbindlichkeit der Zielvorgabe selbst teil“⁵³. Ein Mitgliedstaat, der die Umsetzungsfrist nicht einhält, kann sich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nicht auf innerstaatliche Umstände berufen, um seine Säumnis zu rechtfertigen.⁵⁴ Die Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten besteht danach unabhängig davon, welches Staatsorgan durch sein Handeln den Verstoß verursacht hat. Die Mitgliedstaaten können sich auch nicht auf „Bestimmungen, Übungen und Umstände des innerstaatlichen Rechts“ berufen oder auf die etwaige Verspätung anderer Mitgliedstaaten hinweisen, um die eigene Nichtbeachtung von in Richtlinien festgelegten Verpflichtungen und Fristen zu rechtfertigen.⁵⁵ Auch die Berufung auf die Rechtsetzungsbefugnis der Regionalbehörden⁵⁶ oder die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Ländern und etwaige daraus resultierende Verzögerungen⁵⁷ lässt der Gerichtshof nicht zu. Er begründet die Unbedingtheit der Umsetzungsfristen damit, dass die Wirksamkeit von Richtlinien nur gewährleistet sei, wenn die in ihnen enthaltenen Verpflichtungen von den Mitgliedstaaten gewissenhaft befolgt würden. Darüber hinaus könnten unterschiedliche Regelungen in den Mitgliedstaaten zu Diskriminierungen führen.⁵⁸ Ebenso wenig macht nach Auffassung des Gerichtshofes die Anerkennung der Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien eine Richtlinienumsetzung überflüssig, da sich einzelne nur in Ausnahmefällen gegenüber einem Mitgliedstaat auf eine nicht umgesetzte Richtlinie berufen könnten. Dieses Recht sei daher lediglich als Mindestgarantie anzusehen und könne keinesfalls als ausreichende Umsetzung betrachtet werden.⁵⁹

Der Ansicht des Gerichtshofes ist uneingeschränkt zuzustimmen. Wollte man einzelnen Mitgliedstaaten eine verzögerte Umsetzung zugestehen, so würde man die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts in Frage stellen und überdies Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Mitgliedstaaten riskieren. Die zwingende Beachtlichkeit der Umsetzungsfrist erscheint auch nicht unbillig, da die Mitgliedstaaten über den Rat der Europäischen Gemeinschaften an der Festlegung der Frist beteiligt sind und im übrigen über dieses Gemeinschaftsorgan auch auf eine nachträgliche Verlängerung der Frist hinwirken können.

⁵³ Klein, Objektive Wirkungen von Richtlinien, in: FS Everling, 641 (643)

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 26.02.1976, Rs. 52/75, Slg. 1976, I-277 (Rn. 14)

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 26.02.1976, a.a.O. (Rn. 11 ff.)

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 17.1.1991, Rs. C-157/89, Slg. 1991, I-57 (88)

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 2.2.1982, Rs. 68/81, Slg. 1982, I-153 (157)

⁵⁸ EuGH, Urt. v. 26.2.1976, Rs. 52/75, Slg. 1976, I-277 (Rn. 10)

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 6.5.1980, Rs. 102/79 (Kommission ./. Belgien), Slg. 1980, I-1473 (1485 ff.); Urt. v. 11.8.1995, Rs. C-433/93, Slg. 1995, I-2303 (Rn. 24)

B. Normstrukturelle Anforderungen an die Richtlinienumsetzung

Nach dem Wortlaut von Art. 249 Abs. 3 EG verfügen die Mitgliedstaaten auch im Hinblick auf die normativen Mittel der Richtlinienumsetzung über einen Ermessensspielraum. Im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelte der Europäische Gerichtshof jedoch strenge Kriterien für eine gemeinschaftskonforme Richtlinienumsetzung, die den mitgliedstaatlichen Ermessensspielraum erheblich einschränken. Aufgrund dieser Rechtsprechung, in der der Gerichtshof insbesondere eine Richtlinienumsetzung durch Verwaltungshandeln mit Skepsis betrachtet, wurden mehrere in den nationalen Rechtsordnungen mitunter weit verbreitete Rechtsinstitute in Frage gestellt. Sie löste daher teilweise heftigen Protest in den Mitgliedstaaten aus. In der Bundesrepublik stand vor allem die Frage, ob normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften geeignete Mittel zur Umsetzung von Richtlinien sind, im Mittelpunkt der Diskussion.

I. Vom Europäischen Gerichtshof entwickelte Kriterien für die Richtlinienumsetzung

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs wird die Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten bei der Richtlinienumsetzung durch den Grundsatz des *effet utile* von Gemeinschaftsmaßnahmen beschränkt. Danach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, „die Formen und Mittel zu wählen, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) der Richtlinien unter Berücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zwecks am besten eignen“⁶⁰.

Die Richtlinienumsetzung muss nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs jedoch nicht notwendigerweise durch formelle Gesetze erfolgen. Abhängig vom Inhalt der jeweiligen Richtlinie und den daraus resultierenden Anforderungen an die Qualität der Umsetzungsmaßnahme hält der Gerichtshof es für ausreichend, wenn ein allgemeiner rechtlicher Rahmen bestehender verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Grundsätze die innerstaatliche Anwendung der Richtlinie sicherstellt. Soweit die Richtlinie Ansprüche einzelner begründen soll, müsse darüber hinaus gewährleistet sein, dass die Begünstigten von ihren Rechten Kenntnis erlangen und diese vor den nationalen Gerichten geltend machen können. Diesem Prinzip kommt nach Ansicht des Gerichtshofes insbesondere dann Bedeutung zu, wenn die Richtlinie darauf abzielt, Angehörigen anderer Mitgliedstaaten, die

⁶⁰ EuGH, Ur. v. 8.4.1976, Rs. 48/75 (Royer), Slg. 1976, I-497 (517)

über die betreffenden nationalen Grundsätze normalerweise nicht unterrichtet sind, Ansprüche zu verleihen.⁶¹

Wann eine Richtlinie einen derartigen individualbegünstigenden Charakter besitzt, ermittelt der Gerichtshof durch Auslegung der Richtlinie anhand ihres Wortlautes sowie von Sinn und Zweck ihrer Bestimmungen, aber auch unter Rückgriff auf die Begründungserwägungen der Richtlinie.⁶² Klare Kriterien darüber, wann eine Richtlinie Ansprüche für den einzelnen begründet, lassen sich der Rechtsprechung des Gerichtshofes allerdings bislang noch nicht entnehmen.⁶³ Zudem muss nach Ansicht des EuGH durch den allgemeinen rechtlichen Kontext die vollständige Anwendung der Richtlinie hinreichend klar und bestimmt gewährleistet sein,⁶⁴ so dass weder tatsächlich noch theoretisch die Gefahr einer nicht ordnungsgemäßen Durchführung der in den betreffenden Richtlinien vorgesehenen Regelung besteht.⁶⁵ Diesem Kriterium kommt besondere Bedeutung zu, wenn (wie z.B. bei der Vogelschutzrichtlinie) die Verwaltung des gemeinsamen Erbes der Mitgliedstaaten das Ziel der Richtlinie ist.⁶⁶

Nach einer neueren Entscheidung des Gerichtshofes betreffend die Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG⁶⁷ weist eine etwa bestehende nationale Rechtsprechung auch dann keine hinreichende Klarheit und Bestimmtheit auf, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen, wenn sie die bereits bestehenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften zum Zwecke der Richtlinienumsetzung in einem den Anforderungen der Richtlinie genügenden Sinn auslegt.⁶⁸ Dies gelte ganz besonders im Bereich des Verbraucherschutzes.⁶⁹

Eine „bloße Verwaltungspraxis, die die Verwaltung naturgemäß beliebig ändern kann und die nur unzureichend bekannt ist“⁷⁰, stellt nach Meinung des Gerichtshofes keine ausreichende

⁶¹ EuGH, Urt. v. 23.5.1985, Rs. 29/84, Slg. 1985, I-1661 (1673); Urt. v. 9.4.1987, Rs. 363/85, Slg. 1987, I-1733 (Rn. 7); Urt. v. 20.3.1997, Rs. C-96/95, Slg. 1997, I-1653 (Rn. 35)

⁶² EuGH, Urt. v. 8.10.1996, Verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94 (Dillenkofer), Slg. 1996-I 4845 (Rn. 30 ff.); Urt. v. 2.4.1998, Rs. C-321/95 P (Greenpeace Council/Kommission), Slg. 1998, I-1651 (Rn. 27 ff.); Urt. v. 2.4.1998, Rs. C-127/95 (Norbrook Laboratories), Slg. 1998, I-1531 (Rn. 108)

⁶³ Nach Ruffert (in: Dogmatik und Praxis des subjektiv-öffentlichen Rechts unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, DVBl. 1998, 69 (72)) verlangt eine Richtlinienbestimmung dann die Schaffung von Rechten einzelner im nationalen Umsetzungsakt, wenn diese von dem nach objektiven Kriterien zu ermittelnden Regelungszweck der Vorschrift erfasst werden und tatsächlich und individualisiert betroffen sind, wobei der Grundsatz der „funktionalen Subjektivierung“ eine allzu restriktive Handhabung dieser Kriterien verbiete.

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 15.3.1990, Rs. C-339/87, Slg. 1990, I-851 (Rn. 6); Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-360/87, Slg. 1991, I-791 (Rn. 7); Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825 (Rn. 6)

⁶⁵ EuGH, Urt. v. 9.4.1987, Rs. 363/85, Slg. 1987, I-1733 (1742 f.)

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 8.7.1987, Rs. 247/85, Slg. 1987, I-3029 (Rn. 9); Urt. v. 27.4.1988, Rs. 252/85, Slg. 1988, I-2243 (Rn. 5); Urt. v. 15.3.1990, Rs. C-339/87, Slg. 1990, I-851 (Rn. 28)

⁶⁷ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 Nr. L 95, 29

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 10.05.2001, Rs. C-144/99, EuZW 2001, 437 (438)

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 10.05.2001, Rs. C-144/99, a.a.O.

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 6.5.1980, Rs. 102/79, Slg. 1980, I-1473 (1486); Urt. v. 1.3.1983, Rs. 300/81, Slg. 1983, I-449 (Rn. 10); Urt. v. 15.10.1986, Rs. 168/85, Slg. 1986, I-2945 (Rn. 13)

Umsetzung dar. Auch die allgemeinen Verwaltungsvorschriften des deutschen Rechts sollen keine geeigneten Mittel zur Umsetzung von Richtlinien mit individualbegünstigendem Charakter⁷¹ sein, ebenso wenig die *circulaires administratives* des französischen Rechts⁷².

Weiterhin müssen nach dem sog. Nichtdiskriminierungsgrundsatz Umsetzungsmaßnahmen im innerstaatlichen Rechtssystem mindestens denselben Rang haben, wie die nationalen Rechtsvorschriften, die vor Umsetzung der Richtlinie in ihrem Anwendungsbereich bestanden.⁷³

Mit seiner restriktiven Rechtsprechung unterstreicht der Europäische Gerichtshof den hohen Stellenwert, den er den Grundsätzen der Rechtssicherheit und -klarheit beimisst.

II. Die Eignung normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften zur Richtlinienumsetzung

In der Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts wird zwischen verschiedenen Arten von Verwaltungsvorschriften differenziert. So wird im allgemeinen unterschieden zwischen „norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften“, die den nachgeordneten Behörden Interpretationshilfen bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe geben, „ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften“, welche eine einheitliche und gleichmäßige Ermessensausübung sicherstellen sollen, und „normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften“, die unbestimmte Rechtsbegriffe in rechtssatzmäßiger Weise konkretisieren.⁷⁴

Normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften kommt wegen der ihnen zum Teil zugesprochenen gehobenen Außenverbindlichkeit eine Sonderrolle unter den Exekutivvorschriften zu,⁷⁵ wenngleich auch sie nach allgemeiner Auffassung keine Rechtsnormen, sondern lediglich untergesetzliche technische Regelungen darstellen. So hat das Bundesverwaltungsgericht die TA Luft in Ausnahme zu dem Grundsatz der fehlenden Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften zunächst als „antizipiertes Sachverständigengutachten“ qualifiziert und so eine grundsätzliche Bindung auch der Gerichte an die TA Luft befürwortet, die allein im Fall „neuer besserer Erkenntnisse“

⁷¹ EuGH, Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825 (878 ff.)

⁷² EuGH, Urt. v. 1.10.1991, Rs. C-13/90, Slg. 1991, I-4327; Urt. v. 1.10.1991, Rs. C-14/90, Slg. 1991, I-4331; Urt. v. 1.10.1991, Rs. C-64/90, Slg. 1991, I-4327

⁷³ EuGH, Urt. v. 6.5.1980, Rs. 102/79, Slg. 1980, I-1473 (1486); Urt. v. 15.10.1986, Rs. 168/85, Slg. 1986, I-2945 (2961); Urt. v. 3.3.1988, Rs. 116/86, Slg. 1988, I-1323 (1338)

⁷⁴ vgl. statt aller: Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24 Rn. 8 ff.

⁷⁵ so wird in BVerwGE 72, 300 (320 f.) eine begrenzte rechtliche Verbindlichkeit normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften auch gegenüber Dritten bejaht; einschränkend dagegen BVerfGE 78, 214 (227)

entfallen soll.⁷⁶ In einer späteren Entscheidung ersetzte das Gericht die Rechtsfigur des „antizipierten Sachverständigengutachtens“ durch die der „normkonkretisierenden Verwaltungsvorschrift“.⁷⁷ Ungeachtet der Begrifflichkeiten bestand in Rechtsprechung und Schrifttum weitgehend Einigkeit darüber, dass bestimmte standardisierende Verwaltungsvorschriften, die unbestimmte Rechtsbegriffe konkretisieren, insbesondere im Umweltrecht nicht nur für die Verwaltung, sondern auch für die Gerichte verbindlich sein sollen. Die Bindungswirkung sollte lediglich dann entfallen, wenn die in den Verwaltungsvorschriften festgelegten Umweltstandards aufgrund der technischen Entwicklung überholt sind. Dies müsse im Einzelfall von den Gerichten geprüft werden.⁷⁸

Der Europäische Gerichtshof vollzog die im deutschen Recht getätigte Differenzierung zwischen „einfachen“ Verwaltungsvorschriften und „qualifizierten“, mit besonderer Bindungswirkung versehenen Verwaltungsvorschriften nicht nach. In zwei Entscheidungen vom 30.05.1991⁷⁹ sprach der Europäische Gerichtshof normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften wie der TA Luft⁸⁰ die Tauglichkeit zur Implementierung der Richtlinie 80/779/EWG⁸¹ und der Richtlinie 82/884/EWG⁸² in deutsches Recht ab. Der Gerichtshof beanstandete insbesondere, dass die Verbindlichkeit normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften über den Bereich der Verwaltung hinaus im deutschen Recht nicht erwiesen sei, so dass für den einzelnen keine hinreichende Rechtsklarheit bestünde. Diese sei aber im Anwendungsbereich der streitgegenständlichen Richtlinien, die auch zum Schutz der menschlichen Gesundheit geschaffen worden seien, erforderlich, damit die von den Richtlinien Begünstigten ihre Rechte vor den nationalen Gerichten geltend machen und die potentiellen Verursacher von Immissionen sich über den Umfang ihrer Verpflichtungen unterrichten könnten.⁸³

In der Literatur stößt diese Rechtsprechung zum Teil auf heftige Kritik. Insbesondere wird beanstandet, dass die vom EuGH geforderte Verbindlichkeit im Einzelfall anhand des unbestimmten Wortlauts der streitgegenständlichen Richtlinien gar nicht zu erreichen sei und

⁷⁶ BVerwGE 55, 250 (256)

⁷⁷ BVerwGE 72, 300

⁷⁸ zum damaligen Meinungsstand vgl. Faßbender, Die Umsetzung von Umweltstandards der EG, 106 ff. m.w.N.

⁷⁹ EuGH, Urt. v. 30.5.1991, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567 (2601 ff.); Urt. v. 30.5.1991, Rs. C-59/89, Slg. 1991, I-2607 (2631 f.)

⁸⁰ Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft) vom 27.02.1986; nunmehr ersetzt durch die Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft) vom 24.07.2002, GMBI. 2002, 511

⁸¹ Richtlinie 80/779/EWG des Rates vom 15.7.1980 über Grenzwerte und Leitwerte der Luftqualität für Schwefeldioxid und Schwebstaub, ABl. EG 1980 Nr. L 229, 30

⁸² Richtlinie 82/884/EWG des Rates vom 3.12.1982 betreffend einen Grenzwert für die Bleikonzentration in der Luft, ABl. EG 1982 Nr. L 378, 15

⁸³ EuGH, Urt. v. 30.5.1991, Rs. C-361/88, a.a.O. (2601 ff.)

der Gerichtshof daher in seinen Entscheidungen erheblich über die Zielverpflichtung von Art. 249 Abs. 3 EG hinaus schieße.⁸⁴ Durch seine strengen Anforderungen greife der EuGH in gewachsene nationale Vollzugsstrukturen ein und schade so der Erreichung der umweltpolitischen Zielsetzung mehr als ihr zu nützen.⁸⁵

Eine andere Ansicht⁸⁶ kommt unter Zugrundelegung der vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Anforderungen an eine gemeinschaftskonforme Umsetzung zu dem Ergebnis, dass normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften dem Effektivitätsprinzip, dem Publizitätsgebot und dem Erfordernis einer hinreichenden Verbindlichkeit des Umsetzungsaktes genügen. Im Hinblick auf das Verbindlichkeitserfordernis stellt diese Ansicht ausgehend von der Vorschrift des Art. 176 EG und dem Richtlinienzweck fest, dass die Bindungswirkung von Richtlinien im Umweltbereich auf eine Festlegung von Mindestschutzstandards beschränkt sei. Die Einhaltung dieser Standards bei der Umsetzung durch normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften sei auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften bei Vorliegen eines „atypischen Sonderfalls“ und im Falle eines „fortgeschrittenen Erkenntnisstandes“ abweichende Einzelfallentscheidungen zulassen und somit in diesen Fällen keine Bindungswirkung entfalten⁸⁷, gewährleistet. Beim atypischen Sonderfall müsse der Rechtsanwender die Bindungswirkung der entsprechenden Richtlinie berücksichtigen und sei so gehindert, den Mindeststandard zu unterlaufen. Im Falle eines fortgeschrittenen Erkenntnisstandes würden nur strengere Standards als die bisher geltenden zugrunde gelegt werden, da kaum von einer Absenkung des Schutzniveaus ausgegangen werden könne.⁸⁸

Diese Auffassung wird gestützt durch eine aktuelle Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes. Danach ist die Frage, ob ein Grenzwert einer Technischen Anleitung durch eine Fortentwicklung des Standes der Technik überholt ist, stets aufgrund einer abstrakten Prüfung zu beantworten. Dies soll auch dann gelten, wenn für die konkrete Anlage in dem vom Gericht zu entscheidenden Einzelfall feststeht, dass der entsprechende Grenzwert überholt ist.⁸⁹

⁸⁴ Von Danwitz, Normenkonkretisierende Verwaltungsvorschriften und Gemeinschaftsrecht, VerwArch 1993, 73 (81 ff.); Wolf, Die Kompetenz der Verwaltung zur „Normsetzung“ durch Verwaltungsvorschriften, DÖV 1992, 849 (858 ff.)

⁸⁵ Reinhardt, Abschied von der Verwaltungsvorschrift im Wasserrecht?, DÖV 1992, 102 (110)

⁸⁶ Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, 85 f.

⁸⁷ vgl. BVerwGE 55, 250 (261); OVG Lüneburg, DVBl. 1985, 1322 (1323)

⁸⁸ Gellermann, a.a.O., 85 f.

⁸⁹ BVerwG, UPR 2001, 448 (449 f.); kritisch hierzu Faßbender, Neues zur Bindungswirkung normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften, UPR 2002, 15

Der Hinweis auf Art. 176 EG geht jedoch insoweit fehl, als Art. 176 Satz 2 EG die Beibehaltung oder die Ergreifung verstärkter Schutzmaßnahmen ausdrücklich unter den Vorbehalt stellt, dass sie mit dem Vertrag vereinbar sind. Bereits die Richtlinie 80/779/EWG⁹⁰, die Gegenstand eines der Urteile des EuGH⁹¹ zu normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften war und die auf Art. 94 EG gestützt ist, gibt einen Hinweis darauf, dass umweltpolitische Erwägungen oft nicht die alleinige Motivation für den Erlass von Richtlinien auf dem Gemeinschaftssektor des Umweltschutzes sind. So ist in der zweiten Begründungserwägung der Richtlinie auch die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen für Unternehmen als Zielvorstellung genannt. Eine Intensivierung des Schutzniveaus in einzelnen Mitgliedstaaten wäre unter dem Aspekt der Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen durchaus bedenklich. Auch im Hinblick auf die Vorschrift des Art. 176 S. 3 EG, wonach die betreffenden Maßnahmen der Kommission notifiziert werden müssen, erscheint eine Abweichung von den Vorgaben der betreffenden Verwaltungsvorschrift in Einzelfällen problematisch. Denn es kann wohl kaum davon ausgegangen werden, dass jeder Rechtsanwender die Kommission vor einer Abweichung notifiziert.

Eine andere Auffassung verweist auf die fehlende dogmatische Grundlage für eine Außenverbindlichkeit von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften⁹² sowie auf ihre eingeschränkte Bindungswirkung⁹³ und begrüßt die vorgenannte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ausdrücklich. *Bönker* macht in diesem Zusammenhang auf die Grundrechtsrelevanz und -betroffenheit von Umweltstandards aufmerksam und lehnt infolgedessen eine Festlegung von Umweltstandards durch Verwaltungsvorschriften ab, da diese den Anforderungen des Gesetzesvorbehaltes nicht genügen.⁹⁴

Durch seine Rechtsprechung zu den normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften macht der Europäische Gerichtshof deutlich, dass er an die Umsetzung von Richtlinien hohe Anforderungen stellt. Dies gilt insbesondere für Bestimmungen einer Richtlinie mit individualbegünstigendem Charakter. Hinsichtlich dieser Vorschriften muss der Umsetzungsakt den Erfordernissen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit genügen, um den Betroffenen eine wirksame Ausübung ihrer Rechte zu ermöglichen. Dieser am Gedanken des

⁹⁰ Richtlinie 80/779/EWG des Rates vom 15.7.1980 über Grenzwerte und Leitwerte der Luftqualität für Schwefeldioxid und Schwebstaub, ABl. EG 1980 Nr. L 229, 30

⁹¹ EuGH, Urt. v. 30.5.1991, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567 (2601 ff.)

⁹² Koch, Luftreinhalterecht in der EG, DVBl. 1992, 124 (130 f.)

⁹³ Steiling, Mangelnde Umsetzung von EG-Richtlinien durch den Erlass und die Anwendung der TA Luft, NVwZ 1992, 134 (136)

⁹⁴ Bönker, Die verfassungs- und europarechtliche Zulässigkeit von Umweltstandards in Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1992, 804 (808 ff.)

Rechtsschutzes orientierte Ansatz des Gerichtshofs ist zu begrüßen. Abgesehen von den Fallgruppen, in denen normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften anerkanntermaßen nicht bindend sind, besteht über ihre Bindungswirkung weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung Einigkeit, so dass das nötige Maß an Rechtsklarheit und -sicherheit nicht gegeben ist. Der Auffassung des Europäischen Gerichtshofes ist demnach zuzustimmen. Der deutsche Gesetzgeber hat der Rechtsauffassung des Europäischen Gerichtshofes mittlerweile durch die Einfügung des § 48 a Bundesimmissionsschutzgesetz Rechnung getragen, wonach dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes unterfallende Richtlinien künftig durch Rechtsverordnung in deutsches Recht umgesetzt werden.

C. Regelungsspielräume für den nationalen Gesetzgeber

Die Problematik der detaillierten Richtlinien⁹⁵ darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine Vielzahl von zum Zwecke der Rechtsangleichung erlassenen Richtlinien dem nationalen Gesetzgeber einen erheblichen Gestaltungsspielraum beim Erlass der Umsetzungsmaßnahme belässt. Bei der Umsetzung dieser Richtlinien stellt sich zunächst die Frage, ob durch die jeweilige Richtlinie ein Sachverhalt abschließend geregelt wird oder ob nur ein bestimmter Mindest- oder Höchststandard für das nationale Recht gesetzt werden soll. Nur wenn die Richtlinie eine abschließende Regelung trifft, ist es den Mitgliedstaaten verwehrt, über die bloße gesetzestechnische Richtlinienumsetzung hinaus eigenständig gesetzgeberisch tätig zu werden.⁹⁶

Zum Teil gibt die Rechtsgrundlage der Richtlinie Aufschluss darüber, in welchem Umfang die Mitgliedstaaten hinter den Vorgaben der Richtlinie zurückbleiben, über sie hinausgehen oder von ihnen abweichen dürfen. So ermächtigt Art. 137 Abs. 2 EG den Rat, durch Richtlinien „Mindestvorschriften“ betreffend den Schutz und die Förderung von Arbeitnehmern zu erlassen. Nach Art. 153 Abs. 5 EG können die Mitgliedstaaten von bestimmten, im Bereich des Verbraucherschutzes erlassenen Gemeinschaftsrechtsakten durch den Erlass strengerer Schutzmaßnahmen abweichen. Im Sektor der Umweltpolitik ermöglicht die Vorschrift des Art. 176 S. 1 EG den Mitgliedstaaten, verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen, sofern diese mit dem EG-Vertrag vereinbar sind und der Kommission zuvor notifiziert wurden. Auch Richtlinien selbst können bestimmen, ob und

⁹⁵ vgl. dazu unter § 4 B.II.

⁹⁶ Jarass, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 14 f., 37

inwieweit der nationale Gesetzgeber von ihren Bestimmungen abweichen darf. Eine Richtlinie kann den Mitgliedstaaten z.B. erlauben, strengere Vorschriften als die in der Richtlinie vorgesehenen Bestimmungen zu erlassen. So muss sich das gezeichnete Kapital einer Aktiengesellschaft nach Art. 6 der Kapitalrichtlinie⁹⁷ auf mindestens 25.000 Euro belaufen. Ihrem Wortlaut nach ist diese Vorschrift so zu interpretieren, dass es den Mitgliedstaaten frei steht, ein höheres Grundkapital vorzusehen. Eine Richtlinie kann den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Regelung eines bestimmten Sachverhaltes auch ein Wahlrecht zwischen mehreren Alternativen zubilligen⁹⁸ oder ihnen gestatten, zusätzliche Regelungen zu treffen bzw. bestimmte Fallgestaltungen vom Anwendungsbereich der Umsetzungsmaßnahme auszunehmen.

Bei anderen Richtlinien beinhaltet weder die vertragliche Ermächtigungsnorm noch die Richtlinie selbst eine derartige Regelung. Da die Regelungsdichte von Richtlinien sehr stark divergiert und der den zuständigen nationalen Stellen verbleibende Umsetzungsspielraum infolgedessen unterschiedlich groß ist, verbieten sich allgemeine Aussagen über die regulative Variationsbreite, die den Mitgliedstaaten bei der Richtlinienumsetzung verbleibt. Diese muss vielmehr durch eine Auslegung der jeweiligen Richtlinie ermittelt werden.

*Lutter*⁹⁹ wendet in derartigen Fällen ein zweistufiges Verfahren an, um zu bestimmen, inwieweit Richtlinien abweichende nationale Regelungen zulassen. Im Wege der Auslegung ermittelt er zunächst, welche primärrechtlichen Ziele die betreffende Richtlinie verfolgt, wobei er neben der Rechtsgrundlage der Richtlinie auch andere Vertragsziele und die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts berücksichtigt. In einem zweiten Schritt bringt er diese zueinander in einem Spannungsverhältnis stehenden Ziele zu einem Ausgleich. Dabei geht *Lutter* von einer Gleichrangigkeit der verschiedenen Vertragsziele aus. Auf diese Weise determiniert er, in welchem Umfang den Mitgliedstaaten noch Spielräume verbleiben.¹⁰⁰

Demgegenüber differenzieren *Steindorff*¹⁰¹ und *Furrer*¹⁰² zwischen „reaktiver Rechtsangleichung“ und „aktiver Rechtsangleichung“. Im Wege der reaktiven Rechtsangleichung beseitigten die Gemeinschaftsorgane Handelshemmnisse, die in den

⁹⁷ Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13.12.1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften i.S.d. Art. 58 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. Nr. L 26/1

⁹⁸ Vierte Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25.7.1978 aufgrund von Art. 54 Abs. 3 g des Vertrages über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen (ABl. L 222, S. 11)

⁹⁹ Lutter, Zum Umfang der Bindung durch Richtlinien, FS Everling, 765 (770 ff.)

¹⁰⁰ ähnlich Bleckmann, Probleme der Auslegung europäischer Richtlinien, ZGR 1992, 364 (372 f.)

¹⁰¹ Steindorff, Quo vadis Europa?, FIW-Schriftenreihe, Heft 148 (1992), 11 (23 ff.)

¹⁰² Furrer, Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen, 183 ff.

nationalen Rechtsordnungen begründet seien und die Gewährleistung der Grundfreiheiten und damit die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes gefährdeten. Dagegen bezeichne der Begriff der aktiven Rechtsangleichung weiterreichende Maßnahmen der Gemeinschaft, die die Verwirklichung eigener Regulierungsziele anstrebten.¹⁰³

Nach *Furrer* soll dem Sekundärrecht im Bereich der reaktiven Rechtsangleichung eine umfassende Sperrwirkung zukommen, da ansonsten die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes gefährdet wäre. Demgegenüber stellten im Bereich der aktiven Rechtsangleichung erlassene Sekundärrechtsakte lediglich Minimalstandards dar, so dass nach der Ansicht von *Furrer* in diesem Bereich ein über die Vorgaben der Richtlinie hinausgehender nationaler Alleingang möglich ist, sofern er nicht die Funktionsfähigkeit des sekundärrechtlichen Regulierungssystems behindert. Dies wird damit begründet, dass der nationale Gestaltungsspielraum durch Rechtsakte, die keine Auswirkungen auf die wirtschaftlichen Grundfreiheiten haben, nicht mehr als nötig beeinträchtigt werden dürfe. Zudem stehe eine überobligatorische Erfüllung der sekundärrechtlichen Vorgaben meistens nicht in Widerspruch zu dem Regulierungsziel der Richtlinie.¹⁰⁴

Diese Auffassung wird dem Integrationsstand der Europäischen Gemeinschaft, die über eine reine Wirtschaftsgemeinschaft hinaus gewachsen ist und das nationale Recht der Mitgliedstaaten in zahlreichen anderen Rechtsgebieten durch den Erlass von Harmonisierungsmaßnahmen nachhaltig geprägt hat, nicht mehr gerecht. Dies zeigt sich besonders deutlich bei einer Gegenüberstellung der Fassung von Art. 2 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957 (EWGV) mit der Fassung von Art. 2 EG. Während die Aufgaben der Gemeinschaft in Art. 2 EWGV neben der Förderung der Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten vor allem wirtschaftspolitischer Natur sind, sind in Art. 2 EG darüber hinaus zahlreiche Aufgaben mit sozial- und umweltpolitischem Charakter enthalten.

Wie problematisch die Unterscheidung zwischen aktiver und reaktiver Rechtsangleichung angesichts der zunehmenden Zahl von miteinander in Einklang zu bringenden Gemeinschaftsaufgaben ist, veranschaulicht das Beispiel der Richtlinie 93/13/EWG¹⁰⁵, die ausschließlich Verbraucherschützende Regelungen zur Verhinderung des Missbrauchs allgemeiner Geschäftsbedingungen in Verbraucherverträgen enthält. Entsprechend Art. 129 a Abs. 3 EGV [Art. 153 Abs. 3 EG] wurde die Richtlinie auf der Grundlage des Art. 100 a EGV

¹⁰³ Steindorff, a.a.O.; Furrer, a.a.O.

¹⁰⁴ Furrer, a.a.O.

¹⁰⁵ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 Nr. L 95, 29

[Art. 95 EG] und damit als Maßnahme zur Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Binnenmarkts erlassen. Art. 8 der Richtlinie erlaubt den Mitgliedstaaten ausdrücklich den Erlass von mit dem Vertrag vereinbaren strengeren Bestimmungen, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher zu gewährleisten.

Auch zahlreiche andere, nicht in erster Linie auf die Beseitigung von Handelshemmnissen gerichtete Richtlinien sehen neben der Verwirklichung binnenmarktneutraler Ziele zugleich die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen vor, so dass eine Differenzierung zwischen reaktiver und aktiver Rechtsangleichung als zu vereinfachend und nicht sachgemäß erscheint.

Genauso wenig kann aber aus der Tatsache, dass eine Richtlinie ausschließlich die Funktionsfähigkeit einer Grundfreiheit gewährleisten oder verbessern soll, zwangsläufig der Schluss gezogen werden, dass sie gleichzeitig einen verbindlichen Mindest- und Höchststandard aufstellt. So gestatten die Art. 13 Abs. 2, 15 Abs. 3 und 20 Abs. 4 der Handelsvertreterrichtlinie¹⁰⁶ den Mitgliedstaaten den Erlass von über die Vorgaben der Richtlinie hinausgehenden nationalen Vorschriften. Nach der Ansicht von *Lutter* setzen Richtlinien, die im Bereich des Gesellschaftsrechts auf der Grundlage von Art. 44 lit. g) EG [ex-Art. 54 Abs. 3 lit g) EGV] ergehen, sogar immer nur Mindeststandards, sofern sie keine ausdrücklich andere Anordnung treffen.¹⁰⁷

Somit muss der Umfang der Bindungswirkung von Richtlinien in jedem Einzelfall durch Auslegung der jeweiligen Richtlinie ermittelt werden. In diesem Rahmen sind dann die verschiedenen Zielvorstellungen der Richtlinie miteinander in Ausgleich zu bringen.¹⁰⁸

§ 7 Die Sperrwirkung von Richtlinien

Der Einfluss von Richtlinien auf das nationale Recht erschöpft sich möglicherweise nicht darin, dass (ziel-)verbindliche Vorgaben für den Erlass der Umsetzungsmaßnahme durch die nationalen Rechtsetzungsorgane geschaffen werden. So ist denkbar, dass Richtlinien bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist Rechtswirkungen entfalten, die die Verwirklichung des Richtlinienziels sicherstellen. Es ist auch fraglich, ob die Richtlinie mit ihrer Implementierung in nationales Recht gegenstandslos wird oder ob sie in ihrem Regelungsbereich auch nach der Richtlinienumsetzung die Gesetzgebungskompetenz der nationalen Legislative beeinflusst. Im

¹⁰⁶ Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl. 1986 Nr. L 382, 17

¹⁰⁷ Lutter, a.a.O. (775 f.)

¹⁰⁸ vgl. Lutter, a.a.O. (774)

Folgenden soll untersucht werden, ob und inwieweit von EG-Richtlinien derartige Sperrwirkungen ausgehen.

A. Sperrwirkung vor Ablauf der Umsetzungsfrist

Das Versäumnis der Umsetzungsfrist durch einen Mitgliedstaat stellt einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht dar, der in dem säumigen Mitgliedstaat eine Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts, die unmittelbare Wirkung einzelner Richtlinienbestimmungen sowie eine Schadensersatzpflicht des säumigen Mitgliedstaates begründen kann¹⁰⁹. Im Hinblick auf die Auffassung¹¹⁰, wonach Richtlinien unabhängig von ihrer Umsetzung bereits mit ihrem Erlass Bestandteil der nationalen Rechtsordnungen werden, stellt sich die Frage, ob Richtlinien auch schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist eine Vor- bzw. Sperrwirkung für den nationalen Gesetzgeber entfalten. Von Bedeutung ist diese Frage dann, wenn Mitgliedstaaten vor Ablauf der Umsetzungsfrist Rechtsvorschriften erlassen, deren Vereinbarkeit mit der Richtlinie fraglich ist.

In seiner Entscheidung *Ratti*¹¹¹ führte der Gerichtshof aus, dass die Mitgliedstaaten bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist das Recht hätten, die dem Regelungsbereich der Richtlinie unterliegende Materie frei zu regeln. In der Rechtssache *Inter-Environnement*¹¹² nahm der Gerichtshof zu dieser Frage erneut ausführlich Stellung. Dort erkannte er zwar das Recht der Mitgliedstaaten an, bei der Angleichung der nationalen Rechtslage an die Richtlinie die Umsetzungsfrist in vollem Umfang auszuschöpfen.¹¹³ Unter Bezugnahme auf Art. 191 Abs.2 EWGV¹¹⁴ gelangte der EuGH aber zu dem Ergebnis, dass „eine Richtlinie gegenüber dem Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, schon vom Zeitpunkt ihrer Bekanntgabe an Rechtswirkungen entfaltet“¹¹⁵. Zudem folge aus den Vorschriften des Art. 10 Abs. 2 EG und des Art. 249 Abs. 3 EG sowie aus der jeweiligen Richtlinie selbst, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, während der Umsetzungsfrist den Erlass von Vorschriften zu unterlassen,

¹⁰⁹ vgl. hierzu die Ausführungen im 3. Teil der Untersuchung

¹¹⁰ Arnold, Die interne Wirkung völkerrechtlicher Verträge der EG, Die Friedens-Warte 1986, 54 (63 f.); Bach, Direkte Wirkungen von EG-Richtlinien, JZ 1990, 1108 (1109); Klein, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von europäischem Gemeinschaftsrecht, 12; Langenfeld, Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien, DÖV 1992, 955 (955 f.); a.A. Götz, Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien, NJW 1992, 1849 (1851 f.)

¹¹¹ EuGH, Urt. v. 5.4.1979, Rs. 148/78, Slg. 1979, I-1629 (1645)

¹¹² EuGH, Urt. v. 18.12.1997, Rs. C-129/96, Slg. 1997, I-7411

¹¹³ EuGH, Urt. v. 18.12.1997, Rs. C-129/96, a.a.O. (Rn. 43)

¹¹⁴ die dem Vorabentscheidungsverfahren zugrunde liegenden Richtlinien waren vor Inkrafttreten des Maastricht-Vertrages erlassen worden

¹¹⁵ EuGH, Urt. v. 18.12.1997, Rs. C-129/96, a.a.O. (Rn. 41)

die geeignet sind, das in dieser Richtlinie vorgeschriebene Ziel ernstlich in Frage zu stellen. Wann dies der Fall ist, sei insbesondere danach zu beurteilen, ob die betreffenden Vorschriften eine endgültige bzw. abschließende Umsetzung darstellen oder lediglich eine vorläufige Regelung treffen bzw. eine schrittweise Umsetzung der Richtlinie einleiten sollen. Während bei mangelnder oder unzureichender Übereinstimmung der nationalen Vorschriften mit der Richtlinie im ersten Fall eine rechtzeitige Änderung entsprechend den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts unmöglich sein könnte, sei im zweiten Fall die Verwirklichung des Richtlinienziels noch nicht zwangsläufig in Frage gestellt.¹¹⁶

In der Literatur wird dieselbe Auffassung vertreten.¹¹⁷ Weiß¹¹⁸ hält die Vorschrift des Art. 10 Abs. 1 EG für eher geeignet, die Vorwirkung gemeinschaftsrechtlich zu rechtfertigen, stimmt aber im Ergebnis mit dem Gerichtshof überein. Er weist zutreffend darauf hin, dass die Argumentation des EuGH in der Rechtssache *Inter-Environnement* insoweit eine gewisse Einschränkung erfährt, als dass seit Inkrafttreten des Maastricht-Vertrages Richtlinien nur noch in den Fällen des Art. 254 Abs. 3 EG durch ihre Bekanntgabe an den jeweiligen Adressaten wirksam werden. In den übrigen Fällen treten sie nach Art. 254 Abs. 1 und Abs. 2 EG zu dem durch sie festgelegten Zeitpunkt oder andernfalls am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung in Kraft. Dies beeinträchtigt aber nicht die Gültigkeit der Aussage, dass Richtlinien jedenfalls vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an Rechtswirkungen entfalten. Welcher Natur diese Wirkungen sind, soll an einer späteren Stelle erörtert werden.¹¹⁹

Nach einer anderen Auffassung¹²⁰ gehen von Richtlinien sogar weiter reichende Wirkungen aus. So sollen Richtlinien eine „Sperrwirkung“ in dem Sinne entfalten, dass sie den Mitgliedstaaten den Erlass entgegenstehender Rechtsvorschriften verbieten. Diese Vorschriften seien notwendigerweise als Maßnahmen zur Richtlinienumsetzung anzusehen und dürften daher den Vorschriften der Richtlinie zumindest nicht zuwider laufen, was auch aus Art. 10 Abs. 2 EG folge.¹²¹ Diese Auffassung lässt jedoch unberücksichtigt, dass die Zielverbindlichkeit der Richtlinie an den Ablauf der Umsetzungsfrist gekoppelt ist. Folglich müssen die Mitgliedstaaten auch erst zu diesem Zeitpunkt eine gemeinschaftskonforme Rechtslage herstellen. Nur wenn dieses Ergebnis im konkreten Fall durch den Erlass neuer Rechtsvorschriften gefährdet wird, liegt ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht vor. Insoweit

¹¹⁶ EuGH, Urt. v. 18.12.1997, Rs. C-129/96, a.a.O. (Rn. 45 ff.)

¹¹⁷ Klein, Objektive Wirkungen von Richtlinien, in: FS Everling, 641 (645 f.)

¹¹⁸ Weiß, Zur Wirkung von Richtlinien vor Ablauf der Umsetzungsfrist, DVBl. 2000, 568 (572 ff.)

¹¹⁹ vgl. dazu unter § 8 B.III.1.

¹²⁰ Grabitz in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur EU, Bd.2, Art. 189 Rn. 57; Hilf, Die Richtlinie der EG – ohne Richtung, ohne Linie?, EuR 1993, 1 (7); Karoff, Richtlinie und Umsetzungspraxis, RabelsZ 1984, 649 (677 f.); Generalanwalt Mancini, Schlussanträge zur Rechtssache 30/85, Slg. 1987, I-2497 (2513 f.)

¹²¹ Generalanwalt Mancini, Schlussanträge zur Rechtssache 30/85, a.a.O. (2513 f.)

hat die Vor- bzw. Sperrwirkung von Richtlinien eine Parallele im völkerrechtlichen Frustrationsverbot.¹²²

B. Bindung des nationalen Gesetzgebers nach erfolgter Richtlinienumsetzung

Mit ihrer Umsetzung in nationales Recht sind die legislativen Wirkungen der Richtlinie möglicherweise nicht erschöpft. Auch nach Erfüllung der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung, die Zielvorgaben der Richtlinie im nationalen Recht zu verwirklichen (sofern die bestehende Rechtslage dies überhaupt erforderlich macht) könnte der Mitgliedstaat in seiner Dispositionsfreiheit über die dem Regelungsbereich der Richtlinie unterfallenden Sachverhalte beschränkt sein.

So ist es den Mitgliedstaaten als Kehrseite der Umsetzungsverpflichtung untersagt, eine den Bestimmungen der Richtlinie entsprechende Rechtslage durch den Erlass neuer Rechtsvorschriften, die den Rahmen des durch die Richtlinie vorgegebenen Umsetzungsspielraums überschreiten, abzuändern. Andernfalls wäre der Sinn des Erlasses von Richtlinien, die eine dauerhafte Rechtsangleichung bewirken sollen, ernsthaft in Frage gestellt. Überdies haben die Mitgliedstaaten nach Art. 10 Abs. 2 EG die Pflicht, alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Vertragsziele gefährden könnten. Es ist ihnen daher verwehrt, die Ziele einer Richtlinie, die immer auch der Verwirklichung eines oder mehrerer Vertragsziele dienen, nachträglich zu unterlaufen.

Während über das Bestehen einer derartigen Unterlassungspflicht Einigkeit herrscht, wird zum Teil eine erheblich weitergehende Sperrwirkung von Richtlinien angenommen, die auch dann zum Tragen kommen soll, wenn die nachträgliche Änderung einer richtlinienkonformen Rechtslage innerhalb des Umsetzungsspielraums bleibt. Dazu wird die Theorie vertreten, dass die Mitgliedstaaten mit Anpassung der nationalen Rechtslage an die Vorgaben der Richtlinie ihre Rechtssetzungskompetenz für alle vom Regelungsbereich der Richtlinie umfassten Sachverhalte verlieren („dingliche Sperrwirkung“).¹²³ Einem anderen Ansatz zufolge soll die nachträgliche Änderung der richtlinienkonformen Rechtslage nur dann gemeinschaftsrechtlich zulässig sein, wenn die Änderung durch besonders gewichtige Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt ist („obligatorische Sperrwirkung“).¹²⁴

¹²² so auch Klein, Objektive Wirkungen von Richtlinien, in: FS Everling, 641 (645 f.); Weiß, Zur Wirkung von Richtlinien vor Ablauf der Umsetzungsfrist, DVBl. 2000, 568 (572 f.)

¹²³ Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die EU, 197; Grabitz in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur EU, Bd.2, Art. 189 Rn. 57; Nicolaysen, Europarecht I, 166

¹²⁴ Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, 98 ff.

I. Übergang der Rechtssetzungszuständigkeit auf die Gemeinschaft (dingliche Sperrwirkung)

Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht sollen Richtlinien als vorrangiges Gemeinschaftsrecht eine Sperrwirkung dergestalt entfalten, dass der Mitgliedstaat mit Anpassung des nationalen Rechts seine Rechtssetzungskompetenz hinsichtlich der angeglichenen Vorschriften verliert und nachträglich auch keine einseitigen Änderungen mehr vornehmen darf.¹²⁵ Dennoch vorgenommene Rechtsänderungen seien unwirksam.¹²⁶

Nach der Gegenauffassung¹²⁷ kommt Gemeinschaftsrichtlinien keine derart weitreichende Sperrwirkung zu. So wird bestritten, dass die Rechtsetzungskompetenz der Mitgliedstaaten durch den Erlass einer auf Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften gerichteten Richtlinie insoweit auf die Gemeinschaft übergeht. Für den Bereich der Bundesrepublik Deutschland folge dies bereits aus der beschränkten Reichweite des in Art. 23 Abs. 1 GG¹²⁸ kodifizierten „Integrationshebels“. Die Funktion dieser Bestimmung erschöpfe sich darin, durch die Übertragung von Hoheitsrechten eine originäre Gemeinschaftsgewalt zu begründen und in den so dem Gemeinschaftsrecht unterworfenen Rechtsgebieten unter anderem den *Erlass* von Richtlinien zu ermöglichen. Die Richtlinienumsetzung als notwendiger Bestandteil des Integrationsaktes sei hingegen nicht von ihr umfasst.¹²⁹ Darüber hinaus wird zutreffend darauf hingewiesen, dass die Verpflichtung zur Richtlinienumsetzung gerade eine Rechtssetzungskompetenz der Mitgliedstaaten voraussetzt.¹³⁰ Die Nichtigkeit nationalen Rechts sei im Hinblick auf die herrschende Lehre vom Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts auch keine dem Verhältnis der beteiligten Rechtsordnungen angemessene Sanktion für gemeinschaftswidriges Verhalten, so dass Richtlinien lediglich eine „obligatorische“ Sperrwirkung entfalten sollen, deren Missachtung die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nach sich ziehen kann.¹³¹

Der letztgenannten Auffassung ist insoweit zuzustimmen, als Richtlinien keine dingliche Sperrwirkung zukommt. Die Annahme, dass die Erfüllung der Umsetzungsverpflichtung zum Verlust der Rechtsetzungsbefugnis führt, lässt außer Betracht, dass die Richtlinie nur insoweit

¹²⁵ Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die EU, 197; Grabitz in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur EU, Bd.2, Art. 189 Rn. 57; Nicolaysen, Europarecht I, 166

¹²⁶ Ophüls, Quellen und Aufbau des Europäischen Gemeinschaftsrechts, NJW 1963, 1697 (1700)

¹²⁷ Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, 92

¹²⁸ vor der Einfügung des neuen Art. 23 GG durch Gesetz vom 21.12.1992 erfolgte die Übertragung von Hoheitsrechten an die damalige Europäische Wirtschaftsgemeinschaft auf der verfassungsrechtlichen Grundlage des Art. 24 GG

¹²⁹ Gellermann, a.a.O.

¹³⁰ Fuß, „Die Richtlinie“ des Europäischen Gemeinschaftsrechts, DVBl. 1965, 378 (382); Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, 92; Zuleeg, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, 337

¹³¹ Scherzberg, Mittelbare Rechtssetzung durch Gemeinschaftsrecht, Jura 1992, 572 (578)

eine Bindung des nationalen Gesetzgebers bewirken kann, als sie zwingende Vorgaben für die Umsetzung ihrer Bestimmungen in nationales Recht beinhaltet. Soweit die Richtlinie einen Beurteilungsspielraum enthält, soll die Befugnis der Mitgliedstaaten zu autonomer Rechtsetzung nach der Intention des Gemeinschaftsgesetzgebers gerade unangetastet bleiben. Daran kann sich durch den Akt der Richtlinienumsetzung nichts ändern. Auch wenn ein Teil der zur Verwirklichung des Richtlinienziels erlassenen nationalen Bestimmungen auf verbindlichen Gemeinschaftsvorgaben beruht, behalten diese Bestimmungen dennoch ihren nationalen Charakter und können daher grundsätzlich durch den Erlass neuer Vorschriften geändert werden.¹³²

Im Falle des vollständigen Verlustes der nationalen Rechtssetzungskompetenzen nach erfolgter Umsetzung wären die Mitgliedstaaten selbst dann außer Stande, auf eine Änderung der dem Erlass der Richtlinie zugrunde liegenden Rahmenbedingungen schnell und flexibel durch die Änderung ihres nationalen Rechts zu reagieren, wenn ihnen durch die Richtlinie ein Umsetzungsspielraum eingeräumt wurde. Damit wären sie zunächst auf die Änderung der Richtlinie durch die zuständigen Gemeinschaftsorgane angewiesen, bevor sie das nationale Gesetzgebungsverfahren einleiten könnten. Die zusätzlichen Verzögerungen, die durch die vorherige Durchführung eines Rechtsetzungsverfahrens auf europäischer Ebene entstehen, sind durch das Harmonisierungsziel der Richtlinie aber nur gerechtfertigt, soweit die Richtlinie verbindliche Vorgaben enthält. Hingegen besteht kein Grund dafür, soweit den Mitgliedstaaten ohnehin ein Spielraum bei der Umsetzung eingeräumt wurde. Der Wettbewerb der Rechtsordnungen würde zudem erheblich an Dynamik verlieren, wenn es den Mitgliedstaaten verwehrt wäre, ihr nationales Recht unter Ausschöpfung des ihnen verbleibenden Umsetzungsspielraums kontinuierlich zu optimieren.

Eine dingliche Sperrwirkung von Richtlinien nach ihrer Umsetzung ist somit abzulehnen.

II. Zulässigkeit nachträglicher Änderungen der richtlinienkonformen Rechtslage (obligatorische Sperrwirkung)

Auch wenn man mit der hier vertretenen Auffassung einen vollständigen Verlust der nationalen Rechtsetzungsbefugnis nach Erlass der Umsetzungsmaßnahme ablehnt, stellt sich dennoch die Frage, ob der Mitgliedstaat seine richtlinienkonforme Rechtslage beliebig oft

¹³² so auch Karoff, Richtlinie und Umsetzungspraxis, RabelsZ 1984, 649 (676)

unter voller Ausschöpfung des Umsetzungsspielraums nachträglich ändern kann oder ob hierfür zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

Nach der Ansicht von *Gellermann* soll eine nachträgliche Änderung des zur Richtlinienumsetzung erlassenen Rechts nur dann zulässig sein, wenn die Änderung durch besonders gewichtige Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt ist – und zwar auch in den Fällen, in denen durch die Änderung der Beurteilungsspielraum nicht überschritten wird.¹³³ Mit seiner Umsetzungsentscheidung habe der Mitgliedstaat den ihm zugewiesenen Beurteilungsspielraum ausgefüllt und bleibe an diese Entscheidung prinzipiell gebunden. Zur Rechtfertigung dieses Ergebnisses führt *Gellermann* das *Leybucht-Urteil*¹³⁴ des Europäischen Gerichtshofes an, in dem der Gerichtshof feststellte, dass die nachträgliche Verkleinerung eines bereits ausgewiesenen besonderen Vogelschutzgebietes i.S.v. Art. 4 Abs. 1 U.abs. 4 der Vogelschutzrichtlinie¹³⁵ nur dann zulässig ist, wenn dies durch „Gründe des Gemeinwohls [...], die Vorrang vor den mit der Richtlinie verfolgten Umweltbelangen haben“¹³⁶, gerechtfertigt ist.

Nach der Gegenauffassung soll auch bei späteren Änderungen des nationalen Rechts der Umsetzungsspielraum das alleinige Kriterium für die Beurteilung der Richtlinienkonformität sein, da eine innerhalb dieses Spielraums verbleibende Rechtsfortschreibung dem Zweck der Rechtsangleichung nicht entgegenstünde.¹³⁷ *Lutter* weist darauf hin, dass sich der Umsetzungsspielraum auch ohne förmliche Änderung der Richtlinie im Laufe der Zeit verändern kann. So sollen bei der Umsetzung einer Richtlinie hinsichtlich eines in ihr nicht ausdrücklich geregelten Sachverhaltes Alleingänge eines Mitgliedstaates möglich sein, wohingegen sich der Erlass derartiger Regelungen im Wege der nachträglichen Rechtsänderung als Verletzung des Gemeinschaftsrechts darstellen könnte.¹³⁸

Die Argumente, die für eine Einschränkung des nationalen Gesetzgebers über die Grenzen des Umsetzungsspielraums hinaus angeführt werden, vermögen nicht zu überzeugen. Auch bei späteren Rechtsänderungen muss allein der durch die Richtlinie vorgezeichnete Umsetzungsspielraum maßgeblich dafür sein, ob das nationale Recht mit den Zielvorgaben der Richtlinie vereinbar ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem *Leybucht-Urteil*. Die Äußerungen, die der Gerichtshof in diesem Urteil tätigte, sind im Zusammenhang mit den

¹³³ Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, 98 ff.

¹³⁴ EuGH, Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-57/89, Slg. 1991, I-883 (924 ff.)

¹³⁵ Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2.4.1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. EG 1979 Nr. L 103, 1

¹³⁶ EuGH, Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-57/89, Slg. 1991, I-883 (Rn. 22)

¹³⁷ Generalanwalt Lenz, Schlussanträge vom 25.4.1989 zur Rs. 103/88 (Fratelli Costanzo), Slg. 1989, I-1839 (1854); Scherzberg, Mittelbare Rechtssetzung durch Gemeinschaftsrecht, Jura 1992, 572 (578)

¹³⁸ Lutter, Zum Umfang der Bindung durch Richtlinien, in: FS Everling, 765 (781 f.)

Besonderheiten der Vogelschutzrichtlinie zu verstehen und daher – wie *Gellermann* selbst zugesteht¹³⁹ – nicht ohne weiteres verallgemeinerungsfähig. Insoweit ist zunächst die Zielrichtung von Art. 4 Abs. 1 U. abs. 4 der Vogelschutzrichtlinie zu beachten, wonach die Mitgliedstaaten insbesondere die unter ornithologischen Gesichtspunkten zum Schutz der betroffenen Vogelarten geeignetsten Gebiete als besondere Vogelschutzgebiete ausweisen müssen. Ein derart ausgewiesenes Gebiet trägt die Vermutung in sich, dass es zu den geeignetsten Gebieten gehört, weshalb ein Mitgliedstaat nicht ohne weiteres in der Lage sein soll, die Grenzen dieses Gebietes zu verkleinern, zumal eine derartige Entscheidung häufig irreversible Folgen haben wird.¹⁴⁰ Außerdem handelt es sich bei der Schutzgebietsausweisung nur um einen Akt mittelbarer Richtlinienumsetzung durch Verwaltungsvollzug, für den nach der grundlegenden *Milchkontor*-Entscheidung¹⁴¹ des Europäischen Gerichtshofes andere Maßstäbe gelten als bei der unmittelbaren Richtlinienumsetzung. Somit können dem *Leybucht*-Urteil keine Aussagen über die Zulässigkeit nachträglicher Richtlinienänderungen entnommen werden. Im übrigen gilt auch in diesem Zusammenhang, dass es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt sein darf, im Rahmen des Umsetzungsspielraums der Richtlinie durch den Erlass neuer Rechtsvorschriften auf geänderte Rahmenbedingungen zu reagieren. Somit sind spätere Änderungen des nationalen Rechts, durch die der Umsetzungsspielraum der Richtlinie nicht überschritten wird, mit Gemeinschaftsrecht vereinbar.

¹³⁹ Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, 100

¹⁴⁰ vgl. auch Schlussanträge von Generalanwalt Van Gerven in der Rechtssache C-57/89, Slg. 1991, I-903 (915)

¹⁴¹ Urt. v. 21.9.1983, Verb. Rs. 205 - 215/82, Slg. 1983, I-2633 (Rn. 15 ff.)

3. Teil: Die horizontale Wirkung von EG-Richtlinien als Konsequenz fehlender und defizitärer Richtlinienumsetzung

Das primärrechtlich vorgesehene Mittel zur Sanktionierung von Verstößen der Mitgliedstaaten gegen das Gemeinschaftsrecht ist das in den Art. 226-228 EG geregelte Vertragsverletzungsverfahren. In der Geschichte des Gemeinschaftsrechts hat sich jedoch gezeigt, dass das Instrument des Vertragsverletzungsverfahrens in Fällen fehlender bzw. defizitärer Richtlinienumsetzung alleine nicht geeignet ist, die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts hinreichend zu gewährleisten. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Richtlinie für die Dauer der Vertragsverletzung im innerstaatlichen Recht nicht in vollem Umfang zur Anwendung gelangt.

Seit der Einführung des Art. 228 Abs. 2 EG durch den Maastrichter Vertrag zum 1.1.1993 hat der Europäische Gerichtshof zwar die Möglichkeit, den Mitgliedstaat durch die Verhängung von Sanktionen in Form eines Zwangsgeldes oder Pauschalbetrages zu einer baldigen Beseitigung des Gemeinschaftsverstoßes zu veranlassen. Die Verhängung dieser finanziellen Sanktionen setzt zunächst voraus, dass der Mitgliedstaat nach der Feststellung der Vertragsverletzung durch den Gerichtshof i.S.d. Art. 228 Abs. 1 EG nicht die sich aus dem Urteil ergebenden Maßnahmen ergriffen hat. In diesem Fall ist die Kommission gem. Art. 228 Abs. 2 EG zur Versendung eines ersten Mahnschreibens und einer begründeten Stellungnahme verpflichtet, in denen die gegen den Mitgliedstaat erhobenen Vorwürfe genau umrissen werden müssen. Hierbei setzt die Kommission dem Mitgliedstaat eine Frist zur Ergreifung der sich aus dem Urteil ergebenden Maßnahmen. Lässt der Mitgliedstaat diese Frist ungenutzt verstreichen, ruft die Kommission den Gerichtshof an, der dann die finanziellen Sanktionen gegen den Mitgliedstaat verhängen kann.¹⁴²

Die Verhängung von Sanktionen in Form eines Zwangsgeldes oder Pauschalbetrages kommt somit erst nach Abschluss eines zeitaufwändigen Verfahrens in Betracht. Vor Inkrafttreten des Maastrichter Vertrages zum 01.01.1993 bestand überhaupt keine Möglichkeit, Mitgliedstaaten, die EuGH-Urteile nicht ausführten, mit finanziellen Sanktionen zu belegen. Dies hatte eine Vielzahl von Folgeurteilen zur Folge, in denen die nicht bzw. nur unzureichende Ausführung der ursprünglichen nach Art. 228 Abs. 1 EG erlassenen Urteile festgestellt wurde.¹⁴³ Um dieses unbefriedigende Ergebnis zu korrigieren, entwickelte der

¹⁴² vgl. zum Verfahrensablauf Karpenstein/Karpenstein in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 228, Rn. 18 ff.

¹⁴³ vgl. Karpenstein/Karpenstein m.w.N.

Europäische Gerichtshof die Rechtsfiguren der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien, der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts und des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs, um die Wirksamkeit von EG-Richtlinien auch in den Fällen ihrer fehlenden und defizitären Umsetzung weitestgehend gewährleisten zu können. Das Vertragsverletzungsverfahren ist damit gleichwohl im Zusammenhang mit Verstößen der Mitgliedstaaten gegen ihre Pflicht zu fristgerechter Richtlinienumsetzung nicht überflüssig geworden. Dies wird dadurch belegt, dass die überwiegende Anzahl der Verfahren die unterbliebene oder unzureichende Umsetzung von EG-Richtlinien zum Gegenstand hat.¹⁴⁴

§ 8 Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien

Die Rechtsfigur der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien, die vom Europäischen Gerichtshof als Reaktion auf zahlreiche Versäumnisse der Mitgliedstaaten bei der Richtlinienumsetzung durch richterliche Rechtsfortbildung hergeleitet wurde, ist im Grundsatz mittlerweile allgemein anerkannt. Es besteht jedoch ein breites Meinungsspektrum über die Voraussetzungen und Grenzen dieser Rechtsfigur. Die Diskussion wird in erster Linie von der Frage beherrscht, ob die unmittelbare Wirkung auch insoweit in Betracht kommt, als sie zu einer Belastung einzelner führt.

Die Voraussetzungen und die Reichweite der unmittelbaren Wirkung von Richtlinienbestimmungen sind von der Art der ihnen jeweils zugrunde liegenden Rechtsbeziehungen abhängig. Im Rahmen der Untersuchung wird zunächst die Fallkonstellation, wonach sich der einzelne gegenüber dem säumigen Mitgliedstaat auf eine Richtlinienbestimmung berufen kann (vertikal begünstigende unmittelbare Wirkung), eingehend untersucht, da sie den allgemein anerkannten Grundfall der unmittelbaren Wirkung darstellt. Anschließend wird erörtert, inwieweit Richtlinienbestimmungen unmittelbar vom säumigen Mitgliedstaat gegen den einzelnen (vertikal belastende unmittelbare Wirkung) oder von einem einzelnen gegenüber einem anderen (horizontale unmittelbare Wirkung) geltend gemacht werden können. Letztere Fallgruppen werden gemeinsam untersucht, da beide die entscheidende Frage anrühren, inwieweit der einzelne durch unmittelbar wirksame Richtlinien

¹⁴⁴ Von Danwitz, Die Nichtumsetzung von EG-Recht durch die Legislative, NWVBl. 1991, 7

belastet werden kann.¹⁴⁵

In der Entscheidung *Großkrotzenburg* hat der Europäische Gerichtshof die nationalen Gerichte und Behörden verpflichtet, unmittelbar wirkende Richtlinienbestimmungen, durch die dem Mitgliedstaat Verpflichtungen auferlegt werden, von Amts wegen anzuwenden, auch wenn sie nicht individualbegünstigend sind. Durch diese Rechtsprechung hat der Gerichtshof möglicherweise eine neue Kategorie der unmittelbaren Wirkung anerkannt, bei der nicht die Rechte des einzelnen, die dieser aus Richtlinien ableiten und gegenüber dem säumigen Mitgliedstaat geltend machen kann, im Vordergrund stehen (subjektive unmittelbar Wirkung), sondern die Verpflichtung nationaler Behörden zu einem bestimmten Handeln (objektive unmittelbare Wirkung). In der Rechtssache *Wells* hat der Gerichtshof diese Rechtsprechung nochmals bestätigt. Die Untersuchung wird sich mit der Frage befassen, ob der Rechtsprechung des Gerichtshofes eine derartige Differenzierung zu entnehmen ist und – sofern dies zu bejahen ist – inwieweit die unterschiedlichen Formen der unmittelbaren Wirkung in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen.

In mehreren Entscheidungen betreffend die Richtlinie 71/305/EWG¹⁴⁶ hat der Europäische Gerichtshof nationale technische Vorschriften, die unter Verstoß gegen an die Mitgliedstaaten gerichtete Verfahrenspflichten zustande gekommen waren, für unanwendbar erklärt. Die Untersuchung wird sich mit der hierdurch aufgeworfenen Frage befassen, welche Bedeutung verfahrensrechtlichen Bestimmungen im Rahmen der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien zukommt und ob der Gerichtshof eine neue Kategorie der verfahrensrechtlichen unmittelbaren Wirkung geschaffen hat.

Nach der Untersuchung der Rechtsprechung des EuGH werden die von den nationalen Gerichten und in der juristischen Literatur vertretenen maßgeblichen Positionen zur unmittelbaren Wirkung dargestellt und kritisch gewürdigt. Schließlich wird die eigene Auffassung dargelegt.

¹⁴⁵ Kühling/Röckinghausen, Legislative Umsetzungsdefizite und exekutive Schadensbegrenzung, DVBl. 1999, 1614 (1616) weisen diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass der Rechtsprechung des EuGH eine Unterscheidung zwischen vertikaler und horizontaler unmittelbarer Wirkung nicht zu entnehmen ist und stellen allein auf die Frage der Belastung ab. Da sich diese Differenzierung aber weitgehend durchgesetzt hat, wird sie hier aufrechterhalten.

¹⁴⁶ Richtlinie des Rates vom 28.3.1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. L 109, 8, geändert insbesondere durch die Richtlinie 88/182/EWG des Rates vom 22.3.1988 (ABl. L 81, 75) und die Richtlinie 94/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.3.1994 zur zweiten wesentlichen Änderung der Richtlinie 83/189/EWG (ABl. L 100, 30).

A. Die vertikal begünstigende unmittelbare Wirkung

I. Herleitung durch den Europäischen Gerichtshof

Dass Richtlinienbestimmungen unmittelbare Wirkung entfalten können, ist im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht ausdrücklich vorgesehen. Die unmittelbare Wirkung scheint auch im Widerspruch zu dem Wortlaut von Art. 249 Abs. 3 EG zu stehen, demzufolge die Richtlinie hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel überlässt. Ausgehend von seiner Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit des primären Gemeinschaftsrechts¹⁴⁷ gestand der Europäische Gerichtshof jedoch nach und nach einzelnen das Recht zu, sich unter bestimmten Voraussetzungen auch auf Bestimmungen in EG-Richtlinien unmittelbar zu berufen.

So erkannte der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *Grad*¹⁴⁸ (auch *Leberpfennig-Urteil* genannt) zunächst die unmittelbare Wirkung einer staatengerichteten Entscheidung an. Aus der durch Art. 189 EWGV [jetzt Art. 249 EG] angeordneten unmittelbaren Geltung von Verordnungen, die schon wegen ihrer Rechtsnatur unmittelbare Wirkungen erzeugen könnten, folge nicht, „dass andere in diesem Artikel genannte Kategorien von Rechtsakten niemals ähnliche Wirkungen erzeugen könnten“. ¹⁴⁹ In diesem Zusammenhang konstatierte der Gerichtshof die Verbindlichkeit der in einer Richtlinie enthaltenen Fristbestimmung, die den Zeitpunkt festlegte, ab dem die Entscheidung unmittelbare Wirksamkeit entfalten konnte und sie damit nach Auffassung des Gerichts erst vollständig machte.¹⁵⁰

In der Rechtssache *S.A.C.E.*¹⁵¹ bestätigte der Gerichtshof die unmittelbare Wirkung einer Richtlinienbestimmung, die zusammen mit einer Entscheidung eine Übergangsfrist festlegte, nach deren Ablauf eine Vertragsnorm unmittelbare Geltung entfalten konnte. Bei der Entscheidung über die Wirkung der Richtlinie sei nicht nur die Form des fraglichen Rechtsaktes, sondern auch sein Inhalt und seine Funktion im System des Vertrages zu berücksichtigen.¹⁵²

¹⁴⁷ vgl. nur Urt. v. 5.2.1963, Rs. 26/62 (*Van Gend & Loos*), Slg. 1963, 1 (Rn. 10 ff.)

¹⁴⁸ EuGH, Urt. v. 6.10.1970, Rs. 9/70, Slg. 1970, I-825

¹⁴⁹ EuGH, Urt. v. 6.10.1970, a.a.O. (Rn. 5)

¹⁵⁰ EuGH, Urt. v. 6.10.1970, a.a.O. (Rn. 10)

¹⁵¹ EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 33/70, Slg. 1970, I-1213

¹⁵² EuGH, Urt. v. 17.12.1970, a.a.O. (1223 f.)

Wenngleich sich damit weder der *Leberpfennig*- noch der *S.A.C.E.*-Entscheidung Aussagen über die unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen mit materiell-rechtlichem Regelungsgehalt entnehmen lassen, erkannte der Gerichtshof in ihnen die unmittelbare Wirkung von Richtlinien hinsichtlich ihrer Fristsetzung an. Dadurch wird bereits erkennbar, dass der Gerichtshof formell-rechtlichen Bestimmungen einen großen Stellenwert einräumt, ein Umstand, der im Hinblick auf die noch erörternde Frage, ob es eine verfahrenrechtliche unmittelbare Wirkung gibt, noch von Bedeutung sein wird.

In der Rechtssache *Van Duyn*¹⁵³ wiederholte der Gerichtshof seine in der Rechtssache *Grad* getätigten Ausführungen im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Richtlinie Einzelpersonen unmittelbare Rechte gegenüber einem Mitgliedstaat verleihen könne. Nach Auffassung des Gerichtshofes wäre es mit der Richtlinien durch Art. 189 EWGV [jetzt Art. 249 EG] zuerkannten verbindlichen Wirkung unvereinbar und würde den *effet utile* von Richtlinien abschwächen, wenn grundsätzlich ausgeschlossen sei, dass betroffene Personen sich auf die durch die Richtlinie auferlegte Verpflichtung berufen können. Art. 177 EWGV [jetzt Art. 234 EG] setze voraus, dass sich einzelne vor den nationalen Gerichten auf Bestimmungen in Richtlinien, die weder mit einem Vorbehalt noch mit einer Bedingung versehen sind und die Mitgliedstaaten zu einem bestimmten Verhalten verpflichten, berufen können. In dieser Entscheidung stützte der Gerichtshof die unmittelbare Wirkung erstmals allein auf die Bestimmung einer Richtlinie, ohne andere Rechtsakte ergänzend heran zu ziehen.¹⁵⁴

In der *Ratti*-Entscheidung¹⁵⁵ knüpfte der Gerichtshof an seine bisherige Rechtsprechung an, führte aber als weitere, die unmittelbare Wirkung von Richtlinien rechtfertigende Erwägung an, dass ein Mitgliedstaat, der die in der Richtlinie vorgeschriebenen Durchführungsmaßnahmen nicht fristgemäß erlassen hat, den einzelnen nicht die fehlende Erfüllung der aus dieser Richtlinie erwachsenen Verpflichtungen entgegenhalten könne. In seinen Ausführungen weist der Gerichtshof auch erstmals explizit darauf hin, dass die in Frage stehende Verpflichtung des Mitgliedstaates unbedingt und hinreichend genau sein müsse.¹⁵⁶

In seiner Entscheidung in der Rechtssache *Becker*¹⁵⁷ gelangt der Gerichtshof schließlich zu einer die vertikale unmittelbare Wirkung umfassend beschreibenden Formel: „Demnach können sich die einzelnen in Ermangelung von fristgemäß erlassenen Durchführungsmaßnahmen auf Bestimmungen einer Richtlinie, die inhaltlich als unbedingt

¹⁵³ EuGH, Urt. v. 4.12.1974, Rs. 41/74, Slg. 1974, I-1337

¹⁵⁴ EuGH, Urt. v. 4.12.1974, a.a.O. (1348 f.)

¹⁵⁵ EuGH, Urt. v. 5.4.1979, Rs. 148/78, Slg. 1979, I-1629

¹⁵⁶ EuGH, Urt. v. 5.4.1979, a.a.O. (1641 f.)

¹⁵⁷ EuGH, Urt. v. 19.1.1982, Rs. 8/81, Slg. 1982, I-53

und hinreichend genau erscheinen, gegenüber allen innerstaatlichen, nicht richtlinienkonformen Vorschriften berufen; einzelne können sich auf diese Bestimmungen auch berufen, soweit diese Rechte festlegen, die dem Staat gegenüber geltend gemacht werden können“.¹⁵⁸ Den letzten Halbsatz dieser Formel zitierte der Gerichtshof in seiner späteren Rechtsprechung allerdings nur noch selten.¹⁵⁹

Eine andere Akzentuierung im Hinblick auf die gemeinschaftsrechtliche Grundlage der unmittelbaren Wirkung setzt der Gerichtshof hingegen in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Moormann*¹⁶⁰, in der er Art. 189 Abs. 3 EWGV [jetzt Art. 249 Abs. 3 EG] in Verbindung mit Art. 5 EWGV [jetzt Art. 10 EG] als Rechtsgrundlage der unmittelbaren Wirkung bezeichnet.¹⁶¹

Die vertikal begünstigende unmittelbare Wirkung von Richtlinien zugunsten des Gemeinschaftsbürgers wird – nach anfänglichen Widerständen des französischen Conseil d’Etat¹⁶² und des Bundesfinanzhofs – auch in der mitgliedstaatlichen Rechtsprechung im Grundsatz nicht mehr bestritten.¹⁶³

In Deutschland hat der Bundesfinanzhof seinen anfänglichen Widerstand gegen die Anerkennung der vertikalen unmittelbaren Wirkung¹⁶⁴ aufgegeben, nachdem das Bundesverfassungsgericht die diesbezügliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als zulässige richterliche Rechtsfortbildung gebilligt hat.¹⁶⁵ Das Bundesverfassungsgericht geht insoweit von einer zulässigen Fortbildung des primären Gemeinschaftsrechts aus¹⁶⁶.

Auch im deutschen Schrifttum wird die vertikal begünstigende unmittelbare Wirkung dem Grunde nach fast einhellig befürwortet, wenngleich unterschiedliche Bezeichnungen für sie verwendet werden.¹⁶⁷ Es besteht Einigkeit darüber, dass der einzelne sich aufgrund der vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung gegenüber dem Staat unmittelbar auf Bestimmungen einer Richtlinie berufen kann, wenn diese trotz Fristablaufs noch nicht in

¹⁵⁸ EuGH, Urt. v. 19.1.1982, a.a.O. (70 f.)

¹⁵⁹ EuGH, Urt. v. 4.12.1986, Rs. 71/85, Slg. 1986, I-3855 (3874); Urt. v. 17.10.1989, Verb. Rs. 231/87 u. 129/88 (Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Fiorenzuola d’Arda u.a.), Slg. 1989, I- 3233 (Rn. 30); Urt. v. 22.2.1990, Rs. C-221/88 (Busseni), Slg. 1990, I-495 (Rn. 22); Urt. v. 19.11.1991, Verb. Rs. C-6/90 u. C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357 (Rn. 11)

¹⁶⁰ EuGH, Urt. v. 20.9.1988, Rs. 190/87, Slg. 1988, 4689

¹⁶¹ EuGH, Urt. v. 20.9.1988, a.a.O. (4722)

¹⁶² zur diesbezüglichen Rechtsprechung des Conseil d’Etat siehe unter B.III.2.b.bb. (2)

¹⁶³ vgl. für die deutsche Gerichtsbarkeit BVerfGE 75, 223 (240 ff.) ; BVerwGE 70, 41 (48 f.)

¹⁶⁴ BFH, Beschl. v. 16.07.1981, BFHE 133, 470; Urt. v. 25.04.1985, BFHE 143, 383 ff.

¹⁶⁵ BVerfG, Beschl. v. 8.4.1987, BVerfGE 75, 223 (240 ff.)

¹⁶⁶ vgl. BVerfGE 75, 223 ff.; BVerwGE 100, 238 (240 f.)

¹⁶⁷ vgl. statt aller Ruffert, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, Art. 249, Rn. 72 m.w.N.; ablehnend Pagenkopf, Zum Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf nationales Wirtschaftsverwaltungsrecht, NVwZ 216 (222 f.); Rupp, Verfassungsprobleme auf dem Weg zur Europäischen Union, ZRP 1990, 1 (2 f.); Sigloch, Zur angeblich unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien im deutschen Umsatzsteuerrecht, BB 1982, 791 ff.

nationales Recht umgesetzt worden ist und die betreffende Richtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau ist.

Durch seine Rechtsprechung zur vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien hat der Europäische Gerichtshof in erheblichem Maße dazu beigetragen, die Rechtsharmonisierung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft durch EG-Richtlinien zu fördern und die Folgen von Vollzugsversäumnissen einzelner Mitgliedstaaten zu verringern. Dieser Rechtsprechung ist daher uneingeschränkt zuzustimmen.

II. Gemeinschaftsrechtliche Grundlage

Der Europäische Gerichtshof sieht die gemeinschaftsrechtliche Grundlage der vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung vor allem in dem Erfordernis, die praktische Wirksamkeit der Rechtsharmonisierung durch EG-Richtlinien zu gewährleisten. Wie bereits in der Entscheidung *Van Gend & Loos*¹⁶⁸ anklingt, wird der seine Rechte verfolgende einzelne dafür gleichsam als dezentrales Organ der Umsetzungskontrolle instrumentalisiert, um die durch die Mitgliedstaaten und die Kommission im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens ausgeübte Kontrolle zu ergänzen.¹⁶⁹ Daneben rechtfertigt der Gerichtshof die unmittelbare Wirkung mit dem *estoppel*-Prinzip, dem der Grundsatz des *venire contra factum proprium* zugrunde liegt,¹⁷⁰ und stellt insoweit den Charakter der vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung als Sanktion für den säumigen Mitgliedstaat in den Vordergrund. Nur vereinzelt greift er zur Rechtfertigung einer vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung auf die Vorschriften des Art. 249 Abs. 3 EG i.V.m. Art. 10 EG zurück.¹⁷¹

Demgegenüber begründen die nationalen Gerichte und das Schrifttum die vertikal begünstigende unmittelbare Wirkung von Richtlinien teilweise mit von der Rechtsprechung des EuGH erheblich abweichenden dogmatischen Erwägungen und knüpfen sie an andere Voraussetzungen.

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist die Grundlage der vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung vornehmlich im Grundsatz von Treu und Glauben zu

¹⁶⁸ EuGH, Urt. v. 5.2.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 (Rn. 15)

¹⁶⁹ Everling, Durchführung und Umsetzung des europäischen Gemeinschaftsrechts im Bereich des Umweltschutzes unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, NVwZ 1993, 209 (214)

¹⁷⁰ vgl. Generalanwalt Mischo, Schlussanträge vom 17.3.1987, Rs. 80/86 (Kolpinhuis Nijmegen), Slg. 1987, I-3969 (3977)

¹⁷¹ EuGH, Urt. v. 20.9.1988, Rs. 190/87, Slg. 1988, 4689 (4722)

sehen.¹⁷² Das Bundesverfassungsgericht betrachtet die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung als eine die Grenzen der Reichweite der Gemeinschaftsgewalt wahrende Synthese aus der Konkretisierung einer bestehenden Gemeinschaftskompetenz und der an der rechtsstaatlichen Grundstruktur der Gemeinschaft ausgerichteten Rechtsfortbildung, erkennt aber letztlich auch im Sanktionsgedanken ihre tragende Begründung.¹⁷³

Eine im Schrifttum vertretene Auffassung sieht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH den Geltungsgrund für die vertikale unmittelbare Wirkung im Erfordernis der Gewährleistung des gemeinschaftsrechtlichen *effet utile*.¹⁷⁴ Wenn der Erlass detaillierter Richtlinien, bei denen die Wahlfreiheit der Mitgliedstaaten zum Gebot perfekter Richtlinienumsetzung zusammenschrumpfe, zulässig sei, müsse sich der Gemeinschaftsbürger zumindest auf klar umrissene Rechtspositionen mit *self-executing*-Charakter berufen können.¹⁷⁵ Teilweise wird innerhalb dieser Auffassung davon ausgegangen, dass die unmittelbare Wirkung Richtlinien keine normative Wirkungen zugunsten des Einzelnen verleiht, sondern einen „Reflex der Gemeinschaftsrechtsordnung“ darstellt, der aus dem zwischen den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft bestehenden Rechtsverhältnis resultiert.¹⁷⁶ Den grundsätzlich an die Mitgliedstaaten gerichteten Richtlinien soll insoweit eine „Drittwirksamkeit“ zugunsten der Gemeinschaftsbürger zukommen.¹⁷⁷ Dagegen wird eingewendet, Richtlinienbestimmungen könnten nur unter der Voraussetzung unmittelbare Wirkung zuteil werden, dass sie auch für einzelne normative Verbindlichkeit und damit „Individualwirksamkeit“ entfalten.¹⁷⁸

Eine andere Auffassung¹⁷⁹ stellt zur Begründung der unmittelbaren Wirkung auf den Sanktionsgedanken ab. So sei nach fruchtlosem Ablauf der Umsetzungsfrist eine Einbeziehung der nationalen Gerichte in den Umsetzungsprozess erforderlich. Da diese auf die Klagen einzelner angewiesen seien, müssten aus normstrukturell geeigneten Richtlinienbestimmungen Individualrechte entstehen, die einzelne dann prozessual geltend machen könnten.

¹⁷² BVerfGE 74, 241 (246 ff.)

¹⁷³ BVerfGE 75, 223 f.

¹⁷⁴ Langenfeld, Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien, DÖV 1992, 955 (958); Seidel, Die Direkt- oder Drittwirkung von Richtlinien des Gemeinschaftsrechts, NJW 1985, 517 (520 ff.)

¹⁷⁵ Grabitz, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, Art. 189 (Rn.60)

¹⁷⁶ Seidel, a.a.O. (520)

¹⁷⁷ Ipsen, Richtlinien-Ergebnisse, FS Ophüls, 67 (82)

¹⁷⁸ Grabitz, Entscheidungen und Richtlinien als unmittelbar wirksames Gemeinschaftsrecht, EuR 1971, 1 (6)

¹⁷⁹ Haneklaus, Direktwirkung von EG-Richtlinien zu Lasten einzelner?, DVBl. 1993, 129 (131); Klein, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von europäischem Gemeinschaftsrecht, 21 ff.

Demgegenüber verweist eine andere Ansicht auf den Rechtsschutzgedanken als tragendes Element zur Begründung der unmittelbaren Wirkung.¹⁸⁰ Innerhalb dieser Ansicht wird wiederum zum Teil von einer „Sperrwirkung“ des nationalen Rechts ausgegangen, das einer Berufung des Gemeinschaftsbürgers auf die Richtlinie als objektivem Recht entgegenstünde. Wurde die Richtlinie hingegen nicht oder nicht ordnungsgemäß in nationales Recht implementiert, soll die Sperrwirkung entfallen, so dass das nationale Recht den Durchgriff auf die Richtlinie ermögliche.¹⁸¹

Schließlich wird versucht, den Effekt der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien normtheoretisch zu begründen.¹⁸²

Vereinzelt wird die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung als richterliche Rechtsfortbildung bzw. als Bildung von Gewohnheitsrecht angesehen.¹⁸³

Die Frage nach der gemeinschaftsrechtlichen Grundlage der unmittelbaren Wirkung ist im Rahmen der vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung, die nicht mehr ernsthaft in Frage gestellt wird, nicht entscheidungserheblich, da alle dargestellten Auffassungen eine Zulässigkeit der vertikal begünstigenden Wirkung befürworten und auch die vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Voraussetzungen weitgehend anerkennen. Die eigene Auffassung zur gemeinschaftsrechtlichen Grundlage der unmittelbaren Wirkung wird daher an einer späteren Stelle erörtert.¹⁸⁴

III. Voraussetzungen der vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung

Nach der gefestigten Rechtsprechung des Gerichtshofes kann sich ein einzelner gegenüber einem Mitgliedstaat auf eine Richtlinienbestimmung berufen, wenn die Umsetzungsfrist abgelaufen und die in Betracht kommende Richtlinienbestimmung hinreichend bestimmt sowie inhaltlich unbedingt ist. Dagegen geht aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur unmittelbaren Wirkung nicht zweifelsfrei hervor, ob eine Richtlinienbestimmung nur dann unmittelbare Wirkung entfalten kann, wenn sie individualschützenden Charakter hat, d.h. darauf abzielt, dem einzelnen Rechte zu verleihen.

¹⁸⁰ Götz, Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien, NJW 1992, 1849 (1855)

¹⁸¹ Everling, Zur direkten innerstaatlichen Wirkung der EG-Richtlinien, FS Carstens, 95 (106 ff.)

¹⁸² dazu vgl. unter B.III.1.

¹⁸³ Karoff, Richtlinie und Umsetzungspraxis, RabelsZ 1984, 649 (668 ff.)

¹⁸⁴ vgl. dazu unter B.III.1.d.bb.

1. Erfolgreicher Ablauf der Umsetzungsfrist

Die unmittelbare Wirkung kommt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes erst nach dem fruchtlosen Ablauf der Umsetzungsfrist in Betracht, da sie an den daraus resultierenden Pflichtverstoß des Mitgliedstaates, für den keine Rechtfertigungsgründe bestehen,¹⁸⁵ anknüpft.

2. Hinreichende Bestimmtheit

Der Gerichtshof sieht eine Richtlinienbestimmung dann als hinreichend bestimmt an, wenn sie – aus dem Gesamtzusammenhang der Richtlinie gelöst und für sich gesondert betrachtet¹⁸⁶ – für die Mitgliedstaaten eine eindeutige Verpflichtung begründet.¹⁸⁷

3. Inhaltliche Unbedingtheit

Für die inhaltliche Unbedingtheit ist nach Ansicht des Gerichtshofes erforderlich, dass die Richtlinienbestimmung nicht mit einem Vorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten versehen ist und zu ihrer Effektivierung keiner weiteren Maßnahme durch die innerstaatlichen Stellen oder die Gemeinschaftsorgane bedarf.¹⁸⁸ Die Einräumung eines Umsetzungsspielraums steht der unmittelbaren Wirkung insoweit nicht entgegen, als das Richtlinienziel hinreichend klar bestimmt ist.¹⁸⁹

¹⁸⁵ siehe dazu § 6 A.

¹⁸⁶ EuGH, Urt. v. 19.1.1982, a.a.O. (Rn. 29); Urt. v. 4.12.1986, Rs. 71/85 (Federatie Nederlandse Vakbeweging), Slg. 1986, I-3855 (Rn. 24)

¹⁸⁷ EuGH, Urt. v. 15.12.1983, Rs. 5/83 (Rienks), Slg. 1983, I-4233 (Rn. 8); Urt. v. 26.2.1986, Rs. 152/84 (Marshall I), Slg. 1986, I-723 (Rn. 52); Urt. v. 4.12.1986, a.a.O., Slg. 1986, I-3855 (Rn. 24); Urt. v. 15.12.1983, Rs. 5/83 (Rienks), Slg. 1983, I-4233 (Rn. 8)

¹⁸⁸ EuGH, Urt. v. 3.4.1968, Rs. 28/67 (Molkerei-Zentrale), Slg. 1968, I-215 (230 f.); Urt. v. 4.12.1974, Rs. 41/74 (Van Duyn), Slg. 1974, I-1337 (1349); Urt. v. 12.5.1987, Verb. Rs. 372 - 374/85 (Traen), Slg. 1987, I-2141 (Rn. 25)

EuGH, Urt. v. 20.9.1988, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, I-4635 (4662 f.)

¹⁸⁹ EuGH, Urt. v. 4.12.1986, a.a.O. (3876); Urt. v. 17.10.1989, Rs. 231/87 (Commune di Carpaneto), Slg. 1989, I-3233 (3278)

4. Subjektive Rechte – (nur) Folge oder (auch) Voraussetzung der vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung?

Die vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Voraussetzungen der vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung, wonach nur hinreichend bestimmte und inhaltlich unbedingte Richtlinienbestimmungen nach fruchtlosem Ablauf der Umsetzungsfrist unmittelbare Wirkung entfalten können, werden von den Befürwortern der unmittelbaren Wirkung uneingeschränkt befürwortet. Dagegen herrscht vornehmlich in Deutschland Uneinigkeit darüber, ob die vertikal begünstigende unmittelbare Wirkung noch an die zusätzliche Voraussetzung geknüpft ist, dass die betreffende Richtlinienbestimmung individualbegünstigend ist. Die Diskussion beruht auf der vom Gerichtshof erstmals in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Becker*¹⁹⁰ getätigten und vereinzelt in späteren Entscheidungen wiederholten Äußerung, wonach die Gemeinschaftsbürger sich auf die unmittelbar wirksamen Bestimmungen einer Richtlinie „auch berufen [können], soweit diese Rechte festlegen, die dem Staat gegenüber geltend gemacht werden können“.¹⁹¹ Dadurch wurde eine Diskussion über die Frage ausgelöst, ob die Verleihung eines individuellen Rechts durch eine Richtlinienbestimmung auch Voraussetzung oder nur Folge ihrer unmittelbaren Wirkung ist.¹⁹² Der Terminologie von *Schoch*¹⁹³ folgend wird der Begriff des „individuellen Rechts“ zur Bezeichnung der dem einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen, gerichtlich durchsetzbaren Rechtspositionen verwendet und damit dem „subjektiven öffentlichen Recht“ der deutschen Rechtsordnung gegenübergestellt.

¹⁹⁰ EuGH, Urt. v. 19.1.1982, Rs. 8/81, Slg. 1982, I-53

¹⁹¹ EuGH, Urt. v. 19.1.1982 (70 f.)

¹⁹² anders Grabitz (in: Entscheidungen und Richtlinien als unmittelbar wirksames Gemeinschaftsrecht, EuR 1971, 1 (22)), der die rechtliche Besonderheit der unmittelbaren Wirkung in ihrer innerstaatlichen Beachtlichkeit als Aspekt des objektiven Rechts sieht und die Diskussion um ein aus ihr resultierendes subjektives Recht daher für verfehlt hält.

¹⁹³ Schoch, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, 457 (Fn. 70)

a. Individualbegünstigung als Voraussetzung der unmittelbaren Wirkung

Nach einer Auffassung¹⁹⁴ kann eine Richtlinienbestimmung nur dann unmittelbare Wirkung entfalten, wenn sie ein individuelles Recht einzelner begründet. Eine Richtlinienbestimmung, deren Adressat immer der Mitgliedstaat ist, muss danach drittschützenden Charakter besitzen, damit sich der einzelne auf sie berufen kann. Dafür soll ausreichend sein, dass die betreffende Bestimmung nicht nur den Interessen der Gemeinschaft, sondern auch denjenigen einzelner dient.¹⁹⁵ Die *Becker*-Entscheidung wird von dieser Auffassung so interpretiert, dass der Gerichtshof zwischen Rechten, die ausdrücklich von einer Richtlinie vorgesehen sind und auf die sich der einzelne „auch“ berufen könne und Rechten, die sich implizit aus der Richtlinie ergeben, differenziert.¹⁹⁶ Die *Großkrotzenburg*-Entscheidung wird als Bestätigung dieser Auffassung betrachtet.¹⁹⁷ Vereinzelt wird der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur unmittelbaren Wirkung ein Bekenntnis zur Schutznormlehre entnommen und ausgehend davon die unmittelbare Wirkung bei lediglich faktischer Betroffenheit abgelehnt.¹⁹⁸ Nach einer differenzierenden Auffassung kann sich der einzelne auf eine unbedingte und bestimmte Richtlinienbestimmung, mit der er lediglich staatliches Handeln abwehren will, stets berufen, während er zur Geltendmachung von Schutz- und Leistungsansprüchen nur berechtigt ist, wenn ihm die Richtlinie ein individuelles Recht im weitesten Sinne einräumt und er vom Schutzzweck der Richtlinie erfasst ist.¹⁹⁹

¹⁹⁴ VGH München, NuR 1991, 383 (384); Everling, Durchführung und Umsetzung des europäischen Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1993, 209 (214 f.); Haneklaus, Direktwirkung von EG-Richtlinien zu Lasten einzelner?, DVBl. 1993, 129 (132); Huber, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, BayVBl. 2001, 577 (579); Langenfeld, Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien, DÖV 1992, 955 (962); Pernice, Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf das Umweltrecht - Gemeinschafts(verfassungs-)rechtliche Grundlagen, NVwZ 1990, 414 (424 f.); Zuleeg, Die Rechtswirkung europäischer Richtlinien, ZGR 1980, 466 (476); derselbe, Umweltschutz in der Rechtsprechung des EuGH, NJW 1993, 31 (37)

¹⁹⁵ Gellermann, Auflösung von Normwidersprüchen zwischen europäischem und nationalen Recht, DÖV 1996, 433 (438)

¹⁹⁶ Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, 170 f.

¹⁹⁷ Gellermann, a.a.O. (436); a.A. Epiney, Unmittelbare Anwendbarkeit und objektive Wirkung von Richtlinien, DVBl. 1996, 409 (412), die aus der Entscheidung den gegenteiligen Schluss zieht, dass der Gerichtshof auf die Individualbegünstigung als Voraussetzung der unmittelbaren Wirkung verzichtet; vgl. dazu unter B.I.2.b.aa.(4)

¹⁹⁸ Triantafyllou, Zur Europäisierung des subjektiven öffentlichen Rechts, DÖV 1997, 192 (195 ff.)

¹⁹⁹ Jarass, Voraussetzungen der innerstaatlichen Wirkung des EG-Rechts, NJW 1990, 2420 (2422 f.); derselbe, Folgen der innerstaatlichen Wirkung von EG-Richtlinien, NJW 1991, 2665 (2667)

b. Individualbegünstigung als Folge der unmittelbaren Wirkung

Einer anderen Auffassung²⁰⁰ zufolge ist der individualschützende Charakter einer Richtlinienbestimmung keine Voraussetzung für ihre unmittelbare Wirkung. So kritisiert Ruffert, dass die Gegenauffassung unzulässigerweise die Schutznormtheorie auf das Gemeinschaftsrecht übertrage. Aus den Strukturprinzipien des *effet utile* und der „funktionalen Subjektivierung des Gemeinschaftsrechts“ folge, dass die unmittelbare Wirkung von Richtlinien ein individuelles Recht nicht voraussetzt, sondern (lediglich) zur Entstehung bringt.²⁰¹ An die Stelle der Individualbezogenheit des Rechtsaktes trete der Sanktionsgedanke.²⁰²

c. Stellungnahme

Es verwundert nicht, dass die Frage, ob die Verleihung eines individuellen Rechts Voraussetzung für die vertikal begünstigende unmittelbare Wirkung oder ihre Folge ist, gerade im deutschen Schrifttum so viel Aufmerksamkeit erregt, ist doch der Zugang zur gerichtlichen Kontrolle des Verwaltungshandelns aufgrund der Verknüpfung der Klagebefugnis mit der Betroffenheit eines subjektiven öffentlichen Rechts bzw. einer Schutznorm (vgl. §§ 42 Abs. 2, 47 Abs. 2 VwGO) in Deutschland nur unter engen Voraussetzungen möglich. Die strikten Anforderungen, die das deutsche Recht an eine zur Kontrolle des Verwaltungshandelns befugende Rechtsposition stellt, scheinen mit einem völlig von dem individualschützenden Gehalt der jeweiligen Richtlinienbestimmung abgekoppelten Verständnis der unmittelbaren Wirkung unvereinbar zu sein. Aus diesem Grund sind die Bestrebungen, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes in einer Konflikte mit dem deutschen Recht möglichst vermeidenden Weise zu interpretieren, indem

²⁰⁰ GA Elmer, Schlussanträge zur Rs. C-431/92 (Großkrotzenburg), Slg. 1995, I-2189 (2198 ff.); BVerwG, Urteil vom 25.1.1996, BVerwGE 100, 238 (242); Classen, Strukturunterschiede zwischen deutschem und europäischem Verwaltungsrecht, NJW 1995, 2457 (2458); Epiney, Unmittelbare Anwendbarkeit und objektive Wirkung von Richtlinien, DVBl. 1996, 409 (412); dieselbe, Umweltrecht in der EU (141); Royla/Lackhoff, Die innerstaatliche Beachtlichkeit von EG-Richtlinien und das Gesetzmäßigkeitsprinzip, DVBl. 1998, 1116 (1118); Ruffert, Rights and Remedies in EC Law, C.M.L.Rev. 1997, 307 (314 f.); Schoch, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, 457 (463); Timmermans, Directives: Their effect within the national legal systems, C.M.L.Rev. 1979, 533 (539); Winter, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, 467 (469)

²⁰¹ Ruffert, in: Callies/Ruffert, Kommentar zu EUV und EGV, Art. 249 Rn. 90

²⁰² Ruffert, Dogmatik und Praxis des subjektiv-öffentlichen Rechts unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, DVBl. 1998, 69 (71)

die Verleihung individueller Rechte als Voraussetzung der unmittelbaren Wirkung betrachtet wird, durchaus nachvollziehbar. Die oft vorgenommene Reduzierung der Diskussion auf die Frage, ob eine individuelle Rechtsposition Voraussetzung oder Folge der unmittelbaren Wirkung ist, bedarf jedoch der Präzisierung. Denn es steht außer Zweifel, dass die unmittelbare Wirkung immer auch das Recht einzelner begründet, sich auf die jeweilige Bestimmung zu berufen. Die Frage müsste daher lauten, ob die Verleihung individueller Rechte *auch* Voraussetzung oder *nur* Folge der unmittelbaren Wirkung ist.

Der Rechtsprechung des Gerichtshofes lässt sich nicht mit hinreichender Klarheit entnehmen, dass lediglich individualbegünstigende Richtlinienbestimmungen unmittelbare Wirkung entfalten können. So erscheint insbesondere die *Becker*-Entscheidung angesichts der Umstände, unter denen sie erging, als wenig geeignet, eine solche These zu stützen. Kurz vor Erlass der Entscheidung hatte der Bundesfinanzhof unter Bezugnahme auf ein Urteil des Conseil d'Etat²⁰³ entschieden, dass EG-Richtlinien kein unmittelbar geltendes Recht erzeugen können.²⁰⁴ Daher liegt es nahe, dass der Gerichtshof in der Rechtssache *Becker* grundlegend und umfassend zur unmittelbaren Wirkung Stellung nehmen wollte, um die Zweifel der nationalen Gerichte endgültig auszuräumen. *Ruffert* weist darauf hin, dass der Gerichtshof weder in der *Becker*-Entscheidung noch in den übrigen Entscheidungen, in denen er im Zusammenhang mit der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien auf die Rechte einzelner Bezug nahm, bei der Prüfung, ob eine Richtlinienbestimmung unmittelbare Wirksamkeit entfaltete, auch tatsächlich untersuchte, ob die Bestimmung Rechte des Einzelnen festlegt, sondern nur auf ihre Bestimmtheit und Unbedingtheit Bezug nahm.²⁰⁵

Andererseits liefert die Rechtsprechung des EuGH aber auch keine Indizien, die die Gegenauffassung stützen könnten. So entschied der Gerichtshof in der Rechtssache *Verholen*²⁰⁶, dass auch Personen, die nicht in den Anwendungsbereich einer Richtlinie fallen, das Recht haben können, sich auf Bestimmungen der Richtlinie zu berufen, wenn sie ein „unmittelbares Interesse“ daran haben, dass das in der Richtlinie vorgesehene Diskriminierungsverbot zugunsten der geschützten Personen beachtet wird.²⁰⁷ Ob aus dieser Äußerung gefolgert werden kann, dass die Möglichkeit des einzelnen, sich auf hinreichend genaue und unbedingte Richtlinienbestimmungen zu berufen, nicht Voraussetzung, sondern

²⁰³ Conseil d'Etat, Entscheidung v. 22.12.1978 (Cohn-Bendit), EuR 1979, 292

²⁰⁴ BFHE 133, 470, Beschl. v. 16.6.81 (Kloppenburg I)

²⁰⁵ *Ruffert*, a.a.O. (314 f.); auch *Lenz/Tynes/Young*, Horizontal What? Back to Basics, E.L.Rev. 2000, 509 (510) stufen die betreffende Passage in *Becker* als *obiter dictum* ein

²⁰⁶ EuGH, Urt. v. 11.7.1991, Verb. Rs. C-87/90 - C-89/90, Slg. 1991, I-3757 (Rn. 23)

²⁰⁷ EuGH, Urt. v. 11.7.1991, a.a.O. (Rn. 23)

lediglich eine Folge der unmittelbaren Wirkung ist, erscheint zumindest als äußerst fragwürdig.²⁰⁸

Indes ergibt sich aus der Natur der unmittelbaren Wirkung selbst, dass sich der einzelne nicht ohne weiteres auf hinreichend bestimmte und unbedingte Richtlinienbestimmungen berufen kann, die nicht fristgemäß in nationales Recht umgesetzt worden sind. Denn die unmittelbare Wirkung ist – unabhängig davon, ob man ihre gemeinschaftsrechtliche Rechtfertigung nun im Effektivitätsprinzip, im Sanktionsgedanken oder in anderen Erwägungen sieht – lediglich eine Hilfskonstruktion zur temporären Aktivierung von Teilen der Richtlinie, die die vollständige Implementierung der Richtlinie in nationales Recht nicht ersetzt. Die Rechtswirkungen der unmittelbaren Wirkung können daher nicht weiter reichen als die der hypothetisch erfolgten Umsetzungsmaßnahme.²⁰⁹ Daraus folgt, dass die vertikal begünstigende unmittelbare Wirkung nur insoweit in Betracht kommt, als das Gemeinschaftsrecht bei der Richtlinienumsetzung die Einräumung einer einklagbaren subjektiven Rechtsposition fordert. Insoweit besteht eine Parallele zur Haftung der Mitgliedstaaten bei nicht fristgerechter Umsetzung einer Richtlinie. In der Rechtssache *Francovich*²¹⁰ entschied der Europäische Gerichtshof, dass einzelne gegen einen Mitgliedstaat wegen der verspäteten Umsetzung einer EG-Richtlinie einen Entschädigungsanspruch haben, wenn das durch die Richtlinie vorgeschriebene Ziel die Verleihung von Rechten an einzelne beinhaltet, der Inhalt dieser Rechte auf der Grundlage der Richtlinie bestimmt werden kann und ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat auferlegte Verpflichtung und dem dem Geschädigten entstandenen Schaden besteht.²¹¹ Nach Auffassung des Gerichtshofes ist die Möglichkeit einer Entschädigung durch den Mitgliedstaat vor allem dann unerlässlich, wenn der einzelne im Falle einer Untätigkeit des Staates die ihm durch das Gemeinschaftsrecht zuerkannten Rechte vor den nationalen Gerichten nicht geltend machen kann.²¹² Dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen. Auch die Möglichkeit der Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen gegen den säumigen Mitgliedstaat kann nur unter der Voraussetzung bestehen, dass dem einzelnen durch die verspätete Richtlinienumsetzung konkretisierbare Rechtspositionen vorenthalten werden. Andernfalls stünde der einzelne besser da als im Fall der ordnungsgemäßen Richtlinienumsetzung.

²⁰⁸ so aber wohl BVerwG, Urt. v. 25.1.1996, BVerwGE 100, 238 (242)

²⁰⁹ a.A. Ruffert, a.a.O. (62), der die Frage der Voraussetzungen und Folgen der unmittelbaren Wirkung strikt von der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Richtlinie die Schaffung subjektiver Rechte im Rahmen ihrer Umsetzung anordnet, trennt

²¹⁰ EuGH, Urt. v. 19.11.1991, Rs. C-6 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357

²¹¹ EuGH, Urt. v. 19.11.1991, a.a.O. (Rn. 39 f.)

²¹² EuGH, Urt. v. 19.11.1991, a.a.O. (Rn. 34)

Hat die betreffende Richtlinienbestimmung individualbegünstigenden Charakter, muss sich der einzelne aber auch dann gegenüber den nationalen Gerichten und Behörden auf die unmittelbare Wirkung einer Richtlinienbestimmung berufen können, wenn das nationale Prozessrecht strengere Anforderungen stellt. Zwar obliegt es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes den Mitgliedstaaten, den Rechtsschutz zu gewährleisten, der sich für die einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts ergibt. Mangels einer diesbezüglichen gemeinschaftsrechtlichen Regelung sollen deshalb die nationalen Verfahrensvorschriften zur Anwendung gelangen, allerdings mit der Maßgabe, dass sie die Verfahren gegenüber entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen, nicht ungünstiger gestalten (Diskriminierungsverbot) und die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (Effizienzgebot)²¹³. In der Rechtssache *Verholen* entschied der Gerichtshof, dass mitgliedstaatliche Verfahrensvorschriften über die Klagebefugnis und das Rechtsschutzinteresse das Recht auf einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz nicht beeinträchtigen dürfen.²¹⁴ Für das deutsche Verwaltungsprozessrecht bedeutet dies, dass weder die §§ 42 Abs. 2, 47 Abs. 2 VwGO noch das Erfordernis des Rechtsschutzinteresses in derartigen Fällen der Geltendmachung der unmittelbaren Wirkung entgegen stehen dürfen und gegebenenfalls gemeinschaftskonform zu interpretieren sind,²¹⁵ wenngleich damit die strikte Abhängigkeit der Klagebefugnis von materiellen Rechten aufgegeben wird.²¹⁶ Zu einem anderen Ergebnis gelangt man nur, wenn man dem Unionsrecht entspringende Rechtspositionen nicht als subjektive öffentliche Rechte qualifiziert, freilich um den Preis der Schaffung dualer Regelungsregime.²¹⁷

Legt man – richtigerweise – den Maßstab von *Verholen* zugrunde, hat der einzelne Anspruch auf die Gewährung gerichtlichen Rechtsschutzes, wenn er ein „unmittelbares Interesse“ an der Anwendung einer bestimmten und unbedingten Richtlinienbestimmung geltend machen

²¹³ EuGH, Urt. v. 14.12.1995, Rs. C-312/93 (Peterbroeck), Slg. 1995, I-4599 (Rn. 12); Urt. v. 14.12.1995, Verb. Rs. C-430/93 und C-431/93 (Van Schijndel), Slg. 1995, I-4705 (Rn. 17); vgl. auch Urt. v. 16.12.1976, Rs. 33/76 (Rewe), Slg. 1976, I-1989 (Rn. 5)

²¹⁴ EuGH, Urt. v. 11.7.1991, a.a.O. (3790 f.)

²¹⁵ vgl. Schoch, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, 457 (462)

²¹⁶ Classen, Zur Bedeutung von EWG-Richtlinien für Privatpersonen, EuZW 1993, 83 (85)

²¹⁷ vgl. dazu Hölscheidt, Abschied vom subjektiv-öffentlichen Recht?, EuR 2001, 376 (Fn. 37) sowie Huber, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, BayVBl. 2001, 577 (581 f.), jeweils m.w.N.

kann.²¹⁸ Das ist immer dann der Fall, wenn der Schutz seines Interesses die Ziele der Richtlinie, auf die er sich beruft, fördert.²¹⁹ Die Ziele der Richtlinie sind durch ihre Auslegung zu ermitteln, wobei auch die Begründungserwägungen der Richtlinie zu berücksichtigen sind.

Im deutschen Verwaltungsrecht sind damit Spannungen mit der klassischen Schutznormtheorie vorprogrammiert. Ihr zufolge bedarf es eines zwingenden Rechtssatzes des objektiven Rechts, der (zumindest auch) der Befriedigung individueller Interessen dienen muss und dem Begünstigten die Rechtsmacht zur Durchsetzung des normativ angeordneten Interessenschutzes gewährt,²²⁰ wogegen die rein faktische Begünstigung eines Dritten zur Begründung subjektiver Rechte nicht ausreicht.²²¹ Demgegenüber kann sich der einzelne nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes schon dann auf eine Richtlinienbestimmung berufen, wenn er durch ihre Verletzung in einem personenbezogenen Rechtsgut tangiert wird.²²² Dass die Richtliniennorm auf seinen Schutz abzielt, ist nicht erforderlich. Nach der *Verholen*-Entscheidung kann auch eine faktische Betroffenheit ausreichend sein. Dies ist zu begrüßen, wird damit doch die Gewährung von Rechtsschutz von den konkreten Auswirkungen einer Regelung auf individualbezogene Schutzgüter abhängig gemacht und weniger vom politischen Willen des Gesetzgebers.²²³

IV. Adressaten der vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung

Der Begriff des Staates wird vom Europäischen Gerichtshof extensiv verstanden und umfasst

²¹⁸ Im Hinblick auf die Rechtsfolgen relativieren sich damit die Unterschiede zu der Auffassung von *Ruffert* (in: *Dogmatik und Praxis des subjektiv-öffentlichen Rechts unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts*, DVBl. 1998, 69 (73 f.)), der zwischen der Entstehung von Rechten als Folge der unmittelbaren Wirkung und ihrer Durchsetzung unterscheidet. Letztere orientiere sich am nationalen Prozessrecht, das gemeinschaftskonform auszulegen sei. So sei § 42 Abs. 2 VwGO an den Geboten der Nichtdiskriminierung und der Rechtsschutzeffektivität zu messen und dem einzelnen die Klagebefugnis zu gewähren, wenn er über ein unmittelbares Interesse i.S.d. EuGH-Rechtsprechung verfügt.

²¹⁹ *Lenz/Tynes/Young*, *Horizontal What? Back to Basics*, E.L.Rev. 2000, 509 (512)

²²⁰ *Ruffert*, *Dogmatik und Praxis des subjektiv-öffentlichen Rechts unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts*, DVBl. 1998, 69; *Schoch*, *Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts*, NVwZ 1999, 457 (458)

²²¹ BVerfGE 51, 193 (211); BVerwGE 58, 244 (246); 65, 167 (171); *Hölscheidt*, *Abschied vom subjektiv-öffentlichen Recht?*, EuR 2001, 376 (379 f.); *Schoch*, *Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts*, NVwZ 1999, 457 (458)

²²² *Rengeling/Middeke/Gellermann*, *Rechtsschutz in der EU*, Rn. 1090 f. m.w.N.

²²³ *Huber*, *Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, BayVBl. 2001, 577 (582)

neben staatlichen Behörden auch Gebietskörperschaften²²⁴, öffentliche Arbeitgeber²²⁵, vom Staat zur Erfüllung gesetzlicher Aufgaben geschaffene und in personeller und finanzieller Hinsicht von ihm abhängige Einrichtungen, auch wenn sie nicht förmlich in die staatliche Verwaltung eingegliedert sind²²⁶, verfassungsmäßig unabhängige Hoheitsträger, die vom Staat mit der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung betraut sind²²⁷, und – unabhängig von ihrer Organisationsform – öffentlich beherrschte Unternehmen, die dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen und mit besonderen Rechten ausgestattet sind²²⁸.

Auch Einrichtungen des öffentlichen Rechts können sich auf die unmittelbare Wirkung einer Richtlinie berufen, soweit diese sich gegen einen Hoheitsträger richtet, da sie nach Auffassung des Gerichtshofes insoweit den Gemeinschaftsbürgern gleichzustellen sind.²²⁹

V. Beachtung unmittelbar wirksamer Richtlinienbestimmungen von Amts wegen?

In der Rechtssache *Verholen*²³⁰ entschied der Gerichtshof, dass das Gemeinschaftsrecht ein nationales Gericht nicht daran hindert, von Amts wegen die Vereinbarkeit einer nationalen Regelung mit einer unmittelbar wirksamen Richtlinienbestimmung zu prüfen, wenn sich der einzelne vor Gericht nicht auf diese Richtlinie berufen hat. Daraus wurde zum Teil der Schluss gezogen, dass unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen von ihren Adressaten stets von Amts wegen zu beachten seien.²³¹ In der Rechtssache *Kraaijeveld*²³² präzisierte der Gerichtshof seine Rechtsprechung dahingehend, dass das nationale Gericht eine unmittelbar wirksame Richtlinienvorschrift nur dann von Amts wegen anwenden muss, wenn es nach nationalen Recht verpflichtet oder befugt wäre, eine vergleichbare nationale Rechtsvorschrift anzuwenden. Danach hängt es ausschließlich vom jeweiligen nationalen Verfahrensrecht ab, ob das nationale Gericht verpflichtet ist, eine unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmung von Amts wegen anzuwenden.

²²⁴ EuGH, Urt. v. 22.6.1989, Rs. 103/88 (Fratelli Costanzo), Slg. 1989, I-1861 (Rn. 31, 33)

²²⁵ EuGH, Urt. v. 26.2.1986, Rs. 152/84 (Marshall I), Slg. 1986, I-723 (749)

²²⁶ EuGH, Urt. v. 20.9.1988, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, I-4635 (Rn. 8 ff.)

²²⁷ EuGH, Urt. v. 15.5.1986, Rs. 222/84 (Johnston), Slg. 1986, I-1651 (Rn. 56)

²²⁸ EuGH, Urt. v. 12.7.1990, Rs. C-188/89 (Foster), Slg. 1990, I-3313 (Rn. 17 ff.)

²²⁹ EuGH, Urt. v. 17.10.1989, Verb. Rs. 231/87 u. 129/88 (Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Fiorenzuola d'Arda u.a.), Slg. 1989, I-3233 (Rn. 29 ff.);

²³⁰ EuGH, Urt. v. 11.7.1991, Verb. Rs. C-87/90, C-88/90 und C-89/90, Slg. 1991, I-3783 (Rn. 11 ff.)

²³¹ Gellermann, Auflösung von Normwidersprüchen zwischen europäischem und nationalem Recht, DÖV 1996, 433 (436); Hilf, Die Richtlinie der EG – ohne Richtung, ohne Linie?, EuR 1993, 1 (9); Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593 (Fn. 47); kritisch dagegen Classen, Zur Bedeutung von EWG-Richtlinien für Privatpersonen, EuZW 1993, 83 (Fn. 15)

²³² EuGH, Urt. v. 24.10.1996, Rs. C-72/95, Slg. 1996, I-5403 (Rn. 57 ff.)

Hieraus resultieren gravierende Unterschiede in der Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den einzelnen Mitgliedstaaten. So kommt nach dieser Rechtsprechung im Vereinigten Königreich, wo den Gerichten – entsprechend der Rechtstradition des *Common Law* – eine passive Rolle („Schiedsrichterfunktion“) eingeräumt wird, eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur Anwendung unmittelbar wirksamer Richtlinienbestimmungen von Amts wegen in geringerem Maße in Betracht als in den auf römischem Recht basierenden Rechtsordnungen Kontinentaleuropas, die die Gerichte stärker in die Verfahrensgestaltung einbeziehen²³³. Dieses Ergebnis erscheint unbefriedigend, da es die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts gefährdet, ist aber letztlich als Konsequenz des Fehlens eines umfassenden gemeinschaftlichen Verfahrensrechts hinzunehmen.

Im deutschen Recht ist zu differenzieren: Stellt sich die Berücksichtigung der unmittelbar wirksamen Richtlinienbestimmung als reine Rechtsfrage dar, ist sie im Rahmen der gerichtlichen Entscheidung von Amts wegen zu beachten. Ist mit ihrer Geltendmachung ein zusätzlicher Tatsachenvortrag verbunden, kommt es auf das jeweilige Verfahrensrecht an. Im Bereich des Verwaltungsrechtes muss sie innerhalb der Reichweite des Amtsermittlungsgrundsatzes von Amts wegen beachtet werden.

Für Verwaltungsbehörden ist hingegen nach der Entscheidung des Gerichtshofes in der Rechtssache *Fratelli Costanzo*²³⁴ eine generelle Pflicht zur Anwendung unmittelbar wirksamer Richtlinienbestimmungen anzunehmen.

B. Die vertikal belastende unmittelbare Wirkung und die horizontale unmittelbare Wirkung

Anders als die vertikal begünstigende unmittelbare Wirkung werden die vertikal belastende unmittelbare Wirkung und die horizontale unmittelbare Wirkung konträr diskutiert. Der Begriff der vertikal belastenden unmittelbaren Wirkung bezeichnet die Möglichkeit eines Mitgliedstaates, nach Ablauf der Umsetzungsfrist unmittelbar aus einer hinreichend bestimmten und inhaltlich unbedingten Bestimmung einer EG-Richtlinie Rechte gegen den einzelnen abzuleiten, mit denen unmittelbare Verpflichtungen des einzelnen korrespondieren. Mit dem Begriff der horizontalen unmittelbaren Wirkung wird die Möglichkeit des einzelnen

²³³ a.A. Ruffert, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, Art. 249 (Rn. 91), der die Rechtsprechung des EuGH dahin gehend interpretiert, dass unmittelbar wirkendes Richtlinienrecht stets von Amts wegen beachtet werden müsse; zum Unterschied zwischen *adversarial law systems* und *inquisitorial law systems* vgl. Hughes, Common Law Systems, in: Morrison (Hrsg.), Fundamentals of American Law, 9 (21 f.)

²³⁴ EuGH, Urt. vom 22.6.1989, Rs. 103/88, Slg. 1989, I-1839

dargestellt, nach Ablauf der Umsetzungsfrist allein auf der Grundlage einer hierzu normstrukturell geeigneten Richtlinienbestimmung Rechte gegen einen anderen Gemeinschaftsbürger geltend zu machen.

Im Folgenden wird zunächst die Auffassung des Europäischen Gerichtshofes zur vertikal belastenden unmittelbaren Wirkung und zur horizontalen unmittelbaren Wirkung dargestellt. Anschließend werden die Auffassungen der nationalen Gerichte und des Schrifttums gewürdigt. Abschließend wird die eigene Meinung dargestellt. Da die Argumente, die bei der Ablehnung oder Befürwortung der vertikal belastenden unmittelbaren Wirkung einerseits und der horizontalen unmittelbaren Wirkung andererseits zum Tragen kommen, in engem Zusammenhang miteinander stehen, ist es geboten, beide Kategorien der unmittelbaren Wirkung gemeinsam abzuhandeln.

I. Die Rechtsprechung des EuGH

1. Grundsatz: Ablehnung der vertikal belastenden unmittelbaren Wirkung und der horizontalen unmittelbaren Wirkung

a. Ablehnung der vertikal belastenden unmittelbaren Wirkung

In der Rechtssache *Marshall I*²³⁵ stellte der Gerichtshof klar, dass „eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen einzelnen begründen kann und dass eine Richtlinienbestimmung daher als solche nicht gegenüber einer derartigen Person in Anspruch genommen werden kann“. In seinem Urteil in der Rechtssache *Kolpinghuis Nijmegen*²³⁶ lehnte der Gerichtshof die Begründung oder Erhöhung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit eines Gemeinschaftsbürgers im Wege der unmittelbaren Wirkung mit dem Argument ab, dass „eine innerstaatliche Behörde sich nicht zu Lasten eines einzelnen auf eine Bestimmung einer Richtlinie berufen kann, deren erforderliche Umsetzung in innerstaatliches Recht noch nicht erfolgt ist“.²³⁷ Mit diesen Äußerungen entzog der Gerichtshof der vertikalen unmittelbaren

²³⁵ EuGH, Urt. v. 26.2.1986, Rs. 152/84, Slg. 1986, I-723 (Rn. 48)

²³⁶ EuGH, Urt. v. 8.10.1987, Rs. 80/86, Slg. 1987, 3969

²³⁷ EuGH, Urt. v. 8.10.1987, a.a.O. (3985 f.)

Wirkung zu Lasten des einzelnen die Grundlage und ebnete zugleich den Weg für seine Rechtsprechung zur horizontalen unmittelbaren Wirkung von Richtlinien.

b. Ablehnung der horizontalen unmittelbaren Wirkung

Grundlegende Bedeutung in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur horizontalen unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien kommt dem Urteil in der Rechtssache *Faccini Dori*²³⁸ zu. Gegenstand dieser Entscheidung war die Frage, ob ein Verbraucher sich unmittelbar auf ein in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 85/577/EWG²³⁹ vorgesehenes Rücktrittsrecht berufen kann, um von einem mit einem Gewerbetreibenden geschlossenen Vertrag zurückzutreten, wenn die Richtlinie trotz Ablaufs der Umsetzungsfrist zum maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht in nationales Recht umgesetzt worden war. Im Vorfeld der Entscheidung war die durch die *Marshall*-Entscheidung vorgezeichnete Linie des Gerichtshofes, die unmittelbare Wirkung von Richtlinien zu Lasten einzelner abzulehnen, zum Teil in der Literatur kritisiert worden, so dass der Gerichtshof die Frage einer endgültigen Klärung zuführen wollte.²⁴⁰

Generalanwalt *Lenz* empfahl dem Gericht in seinen Schlussanträgen, in Abkehr von seiner ständigen Rechtsprechung für zukünftige Fälle die allgemeine Geltung von Richtlinien anzuerkennen.²⁴¹ Zur Begründung seiner Ansicht verwies Generalanwalt *Lenz* auf das Gebot gleicher Wettbewerbsbedingungen und auf das Diskriminierungsverbot, das eine Ungleichbehandlung von Rechtssubjekten je nachdem, ob sie mit dem Staat oder einer Privatperson rechtliche Beziehungen unterhalten, verbiete. Auch werde eine unterschiedliche Rechtslage in den Mitgliedstaaten nicht den Anforderungen des Binnenmarktes gerecht, wenn durch Richtlinien Harmonisierungsvorschriften erlassen worden sind und die Umsetzungsfrist abgelaufen ist. Aus Gründen der Rechtssicherheit komme jedoch eine horizontale unmittelbare Wirkung nur für Richtlinien in Betracht, die nach dem Inkrafttreten des Maastrichter Vertrages am 1.11.1993 erlassen worden sind, da nur für diese eine Veröffentlichung nach Art. 191 EGV [jetzt Art. 254 EG] zwingend vorgeschrieben sei.

²³⁸ EuGH, Urt. v. 14.7.1994, Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325

²³⁹ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG Nr. L 372, 31

²⁴⁰ Dies ist auch daran erkennbar, dass der Gerichtshof mit einer Besetzung von 13 Richtern entschied, obwohl nach Art. 15 der Satzung des EuGH nur die Besetzung mit 9 Richtern erforderlich gewesen wäre, und dass das Gericht vor seiner Entscheidung die Mitgliedstaaten nach ihrer Auffassung über die Zulässigkeit einer unmittelbaren horizontalen Wirkung befragte.

²⁴¹ Schlussanträge vom 9.2.1994 in der Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325 (3328 ff.)

Bereits in früheren Verfahren hatten sich die Generalanwälte *Van Gerven*²⁴² und *Jacobs*²⁴³ für eine Anerkennung der unmittelbaren horizontalen Wirkung von EG-Richtlinien ausgesprochen.

Der Gerichtshof folgte den Schlussanträgen von Generalanwalt *Lenz* nicht, sondern entschied in Anknüpfung an die Entscheidung *Marshall*, dass ein Verbraucher sich nicht gegenüber einem Gewerbetreibenden auf unbedingte und hinreichend genaue Bestimmungen der Richtlinie 85/577/EWG berufen kann, um einen mit ihm geschlossenen Vertrag zu widerrufen, wenn die Richtlinie zum maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht in nationales Recht umgesetzt worden ist. Der Gerichtshof stützte seine Entscheidung maßgeblich auf die Vorschrift des Art. 189 EWGV [jetzt Art. 249 EG]. Danach könne eine Richtlinie, die nur für den Mitgliedstaat verbindlich sei, nicht selbst Verpflichtungen für einen Bürger begründen.²⁴⁴

Durch eine Ausdehnung der Rechtsprechung betreffend die vertikal begünstigende unmittelbare Wirkung auf den Bereich der Beziehungen zwischen den Bürgern würde der Gemeinschaft die Befugnis zuerkannt, mit unmittelbarer Wirkung zu Lasten der Bürger Verpflichtungen anzuordnen, obwohl sie dies nur dort dürfe, wo ihr die Befugnis zum Erlass von Verordnungen (oder, wie der Gerichtshof in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Corte Inglés*²⁴⁵ ergänzte, von Entscheidungen) zugewiesen ist.²⁴⁶

In *Corte Inglés* lehnte es der Gerichtshof darüber hinaus ab, wegen der Vorschrift des Art. 129 a EGV [jetzt Art. 153 EG] eine horizontale unmittelbare Wirkung klarer, genauer und unbedingter Bestimmungen von nicht fristgerecht umgesetzten Richtlinien über den Verbraucherschutz anzuerkennen. Art. 129 a EGV sei darauf beschränkt, der Gemeinschaft ein Ziel zu setzen und ihr hierfür Befugnisse einzuräumen, ohne daneben eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten oder einzelner aufzustellen.²⁴⁷

2. Grenzen der horizontalen unmittelbaren Wirkung in Sonderkonstellationen –

Entwicklungen in der Rechtsprechung des Gerichtshofes

Auch wenn sich der Gerichtshof weiterhin zu seiner Ablehnung der unmittelbaren horizontalen Wirkung bekennt, lassen sich seiner jüngeren Rechtsprechung gleichwohl

²⁴² Schlussanträge vom 26.1.1993 in der Rs. C-271/91 (*Marshall II*), Slg. 1993, I-4367 (4382 ff.)

²⁴³ Schlussanträge vom 27.1.1994 in der Rs. C-316/93 (*Vaneetveld*), Slg. 1994, I-763 (770 ff.)

²⁴⁴ EuGH, Urt. v. 14.7.1994, a.a.O. (3355 f.)

²⁴⁵ EuGH, Urt. v. 7.3.1996, Rs. C-192/94, Slg. 1996, I-1281 (Rn. 17)

²⁴⁶ EuGH, Urt. v. 14.7.1994, a.a.O. (3356)

²⁴⁷ EuGH, Urt. v. 7.3.1996, a.a.O. (1303 f.)

Anhaltspunkte entnehmen, die auf eine stillschweigende Abkehr von dieser Position hindeuten. So wird die uneingeschränkte Ablehnung der horizontalen unmittelbaren Wirkung durch mehrere aktuelle Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes zur richtlinienkonformen Auslegung in Frage gestellt.²⁴⁸ Dies wirft Abgrenzungsprobleme zwischen den beiden Rechtsfiguren auf. Dennoch handelt es sich um zwei unabhängig voneinander anwendbare Rechtsinstitute, die sich in ihren Voraussetzungen und ihrer Reichweite voneinander unterscheiden und daher getrennt voneinander zu behandeln sind. An dieser Stelle wird daher ausschließlich die Rechtsprechung des Gerichtshofes betreffend die unmittelbare Wirkung behandelt. In diesem Zusammenhang können zwei Fallgruppen unterschieden werden, nämlich die Entscheidungen zur Reichweite der unmittelbaren Wirkung in multipolaren Rechtsverhältnissen sowie die Entscheidungen zur Richtlinie 83/189/EWG. Daneben wirft auch das in der Rechtssache *Ruiz Bernáldez* ergangene Urteil des Gerichtshofes, das sich nicht in eine der beiden anderen Fallgruppen einordnen lässt, Fragen zur Reichweite der unmittelbaren Wirkung auf.

a. Multipolare Rechtsverhältnisse

Schon früh musste sich der Gerichtshof mit der Tatsache auseinandersetzen, dass die Auswirkungen seiner Rechtsprechung zur vertikal begünstigenden Wirkung nicht immer auf das bipolare Verhältnis zwischen dem einzelnen und dem säumigen Mitgliedstaat beschränkt bleiben. In Rechtsverhältnissen, in denen durch einen Träger öffentlicher Gewalt eine Rechtsbeziehung zwischen mehreren Gemeinschaftsbürgern oder sonstigen Subjekten des Privatrechts vermittelt wird (multipolare Rechtsverhältnisse), werden auch die Rechtspositionen Dritter durch die unmittelbare Wirkung beeinträchtigt.

aa. Die Urteile zur Auslegung der Richtlinie 71/305/EWG

Die Urteile *Beentjes*²⁴⁹ und *Fratelli Costanzo*²⁵⁰ befassen sich beide mit der Vereinbarkeit von nationalen Rechtsvorschriften mit der Richtlinie 71/305/EWG²⁵¹

²⁴⁸ dazu vgl. § 9 C.II.1.

²⁴⁹ EuGH, Urt. v. 20.9.1988, Rs. 31/87, Slg. 1988, I-4635

²⁵⁰ EuGH, Urt. v. 22.6.1989, Rs. 103/88, Slg. 1989, I-1839

²⁵¹ Richtlinie 71/305 des Rates vom 26.7.1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. L 185, 5

(Baukoordinierungsrichtlinie), die durch die Koordinierung der jeweiligen mitgliedstaatlichen Verfahren und die Aufhebung von Beschränkungen die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge anstrebt.

(1) Die Rechtssache *Beentjes*

In der Rechtssache *Beentjes* hatte die Arrondissementsrechtsbank Den Haag dem Gerichtshof mehrere Fragen zur Auslegung der Richtlinie 71/305/EWG zur Vorabentscheidung vorgelegt, die sich in einem Rechtsstreit zwischen der Firma Beentjes BV und dem niederländischen Ministerium für Landwirtschaft und Fischerei über die öffentliche Ausschreibung eines Bauauftrages stellten. Die Firma Beentjes BV verlangte vom niederländischen Staat Ersatz des Schadens, der ihr daraus entstanden war, dass der Zuschlag nicht ihr, sondern dem Unternehmer mit dem zweitniedrigsten Angebot erteilt worden war, obwohl sie in dem Ausschreibungsverfahren das niedrigste Angebot abgegeben hatte. Da die Klage der Firma Beentjes BV unmittelbar auf die Richtlinie 71/305/EWG gestützt war, wollte die Arrondissementsrechtsbank vom Gerichtshof unter anderem wissen, ob sich der einzelne vor den nationalen Gerichten auf die Bestimmungen der Richtlinie berufen kann. Diese Bestimmungen legen fest, welche Kriterien öffentliche Auftraggeber bei der Erteilung des Zuschlags an einen Anbieter berücksichtigen müssen und welche Anforderungen für die Veröffentlichung der angewendeten Kriterien und der verlangten Nachweise und Beweismittel im Ausschreibungsverfahren gelten. Der Gerichtshof wies zunächst auf seine Rechtsprechung zur richtlinienkonformen Auslegung und unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien hin. Nach einer anschließenden Prüfung bejahte der Gerichtshof die Unbedingtheit und hinreichende Genauigkeit der genannten Vorschriften und stellte fest, dass sich der einzelne auf sie berufen kann.²⁵²

(2) Die Rechtssache *Fratelli Costanzo*

In der Rechtssache *Fratelli Costanzo* wurden dem Gerichtshof mehrere Fragen zur Auslegung von Art. 29 Abs. 5 der Richtlinie 71/305/EWG gestellt. Diese Vorschrift sieht vor, dass im

²⁵² EuGH, Urt. v. 20.9.1988, a.a.O. (4661 ff.)

Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe abgegebene Angebote, die offensichtlich ungewöhnlich niedrig sind, einem weiteren Prüfungsverfahren unterzogen werden müssen und – falls das für die Zuschlagserteilung maßgebliche Kriterium der niedrigste Preis ist – der öffentliche Auftraggeber die Ablehnung eines für zu niedrig erachteten Angebotes vor einem in der Richtlinie vorgesehenen Ausschuss begründen muss.

Demgegenüber galten in Italien zum streitgegenständlichen Streitpunkt Sondervorschriften, die für die Dauer eines befristeten Zeitraumes zur Beschleunigung des Vergabeverfahrens vorsahen, dass Angebote, die um einen bestimmten, in der Ausschreibung festgelegten Prozentsatz unter dem Durchschnitt der übrigen Angebote lagen, als ungewöhnlich niedrige Angebote galten und vom Verfahren ausgeschlossen wurden. Unter Anwendung dieser Vorschriften wurde die Klägerin im Ausgangsverfahren, die Firma Fratelli Costanzo SpA, wegen ihres angeblich ungewöhnlich niedrigen Angebotes ohne vorherige Durchführung eines weiteren Nachprüfungsverfahrens aus einem Verfahren über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags, das eine Zuschlagserteilung an den Bieter mit dem niedrigsten Angebotspreis vorsah, ausgeschlossen. Durch denselben Beschluss wurde der Zuschlag einem konkurrierenden Bieter erteilt, obwohl die Fratelli Costanzo SpA das Angebot mit dem niedrigsten Preis vorgelegt hatte. Die Fratelli Costanzo SpA beehrte die Aufhebung dieses Beschlusses.

Der Gerichtshof entschied, dass nationale Vorschriften, wonach bestimmte nach einem mathematischen Kriterium ermittelte Angebote von der Vergabe öffentlicher Bauaufträge ohne vorherige Durchführung des in der Richtlinie vorgesehenen Verfahrens der kontradiktorischen Überprüfung ausgeschlossen werden, mit Art. 29 Abs. 5 der Richtlinie 71/305 unvereinbar seien, da sie den Bietern die Möglichkeit nähmen, die Seriosität ihrer Angebote nachzuweisen.²⁵³ Art. 29 Abs. 5 der Richtlinie 71/305/EWG sei unbedingt sowie hinreichend genau und damit unmittelbar wirksam. Der Gerichtshof betonte, dass sich die einzelnen nicht nur vor den nationalen Gerichten, sondern auch gegenüber allen Trägern der Verwaltung einschließlich der Gemeinden und sonstigen Gebietskörperschaften auf unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen berufen könnten, da „die Verpflichtungen, die sich aus diesen Bestimmungen ergeben, für alle Behörden der Mitgliedstaaten gelten“²⁵⁴.

²⁵³ EuGH, Urt. v. 22.6.1989, a.a.O. (1868)

²⁵⁴ EuGH, Urt. v. 22.6.1989, a.a.O. (1870 f.)

(3) Würdigung

Durch die Anerkennung der unmittelbaren Wirkung mehrerer Bestimmungen der Richtlinie 71/305/EWG hat der Gerichtshof einzelnen die Möglichkeit gegeben, die Zuschlagserteilung an einen konkurrierenden Anbieter, sofern sie unter Verstoß gegen die erwähnten Richtlinienbestimmungen erfolgte, anzufechten. Die Berufung auf eine unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmung resultierte so in der Verschlechterung der Rechtsposition eines anderen.

Damit stellt sich die Frage, wie sich die vorgenannten Entscheidungen in die Rechtsprechung des Gerichtshofes einfügen, der zuvor in *Marshall I* und *Kolpinghuis Nijmegen* die unmittelbare horizontale Wirkung von EG-Richtlinien abgelehnt hatte²⁵⁵. Ein Widerspruch zu diesen Entscheidungen scheint insoweit nicht zu bestehen, als die benachteiligten Bieter sich nicht gegenüber ihren zum Zug gekommenen Konkurrenten auf unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen berufen, sondern gegenüber dem säumigen Mitgliedstaat (bzw. ihm zuzurechnenden Einrichtungen). Auch wird die staatliche Stelle selbst in Anspruch genommen, so dass nicht sie sich nicht zu Lasten eines einzelnen auf eine Bestimmung einer Richtlinie beruft. In diese Richtung argumentiert auch Generalanwalt *Mischo*²⁵⁶. Er sieht die beiden vorgenannten Entscheidungen in Einklang mit *Marshall I* und *Kolpinghuis Nijmegen*, da die Klägerinnen dort eine Forderung gegenüber den staatlichen Behörden und nicht gegenüber einzelnen geltend gemacht hätten. Dass die Zubilligung dieser Forderung ungünstige Auswirkungen auf einzelne hätte haben können, bedeute jedoch nicht, dass die Richtlinie gegenüber diesen unmittelbare Anwendung gefunden hätte.

Dieser Auffassung ist insoweit zuzustimmen, als die Benachteiligung des zunächst zum Zuge gekommenen Bieters in der Rechtssache *Fratelli Costanzo* nur ein Reflex der unmittelbaren Wirkung war, da die Aufhebung der Entscheidung, mit der die Firma Fratelli Costanzo vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden war, zwangsläufig auch die Entscheidung über die Erteilung des Zuschlags an den konkurrierenden Bieter mit umfasst²⁵⁷. Allerdings schlägt die unmittelbare Wirkung faktisch auf die Rechtsbeziehungen zwischen zwei miteinander konkurrierenden privaten Unternehmen durch, da sie für den zunächst zum Zuge gekommenen Bieter den Verlust der ihm durch die Zuschlagserteilung verliehenen günstigen Rechtsposition zur Folge hat. Zudem wird in derartigen Konstellationen aufgrund der

²⁵⁵ *Faccini Dori* bestätigt diese Rechtsprechung lediglich.

²⁵⁶ Schlussanträge vom 28.11.1989, Rs. C-221/88 (Busseni), Slg. 1990, I-495 (513)

²⁵⁷ ähnlich auch Classen, Zur Bedeutung von EWG-Richtlinien für Privatpersonen, EuZW 1993, 83 (85), der von einem faktischen Nachteil spricht, der der Annahme einer unmittelbaren Wirkung nicht entgegen stünde

unmittelbaren Wirkung dem Interesse des übergangenen Bieters an der Beachtung des Gemeinschaftsrechts Vorrang vor dem Vertrauen des zum Zuge gekommenen Anbieters auf den Bestand der Zuschlagsentscheidung eingeräumt. Dies erscheint zunächst im Hinblick auf die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit, die Bestandteil der Rechtsordnung der Gemeinschaft sind²⁵⁸, als bedenklich.

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Erteilung des Zuschlags an den zunächst zum Zuge gekommenen Bieter unter Missachtung der Richtlinie erfolgte und damit rechtswidrig war. Der zunächst berücksichtigte Bieter kann somit nicht uneingeschränkt auf die rechtswidrige Zuschlagserteilung vertrauen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes richtet sich der nachträgliche Widerruf der gemeinschaftswidrigen Entscheidung einer mitgliedstaatlichen Behörde in Ermangelung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften nach dem nationalen Recht des betreffenden Mitgliedstaates. In welchem Umfang der zunächst zum Zuge gekommene Bieter auf die behördliche Entscheidung vertrauen kann, bemisst sich daher zunächst nach nationalem Recht. Bei der Anwendung der nationalen Rechtsvorschriften dürfen jedoch keine Unterschiede zu gleichartigen, rein nationalen Verfahren gemacht werden (Diskriminierungsverbot). Auch darf die Anwendung der nationalen Verfahrensvorschrift nicht dazu führen, dass die Anwendung des Gemeinschaftsrechts unmöglich gemacht wird (Effizienzgebot).²⁵⁹ Im vorliegenden Fall spricht aufgrund der Tatsache, dass die gemeinschaftswidrige Zuschlagserteilung nachteilige Folgen für den günstigsten Anbieter hatte, viel dafür, dass das öffentliche Interesse an der Wahrung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit das Interesse des zunächst begünstigten Bieters am Erhalt der gemeinschaftswidrigen Rechtslage übersteigt, so dass dem Grundsatz des Vertrauensschutzes Rechnung getragen wird.

Gleichwohl wird dem zunächst zum Zuge gekommenen Bieter durch den Widerruf der Zuschlagserteilung eine – wenngleich unter Verstoß des Gemeinschaftsrechts – erlangte begünstigende Rechtsposition nachträglich wieder entzogen. Eine derartige mittelbare belastende Wirkung von EG-Richtlinien wird vom Europäischen Gerichtshof damit nicht ausgeschlossen.

²⁵⁸ EuGH, Urt. v. 21.9.1983, Verb. Rs. 205 bis 215/82 (Milchkontor), Slg. 1983, I-2633 (Rn. 30)

²⁵⁹ EuGH, Urt. v. 21.9.1983, a.a.O.

bb. Die Rechtssache *Busseni*²⁶⁰

In der Rechtssache *Busseni* hatte die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (im folgenden: EGKS) im Rahmen eines Konkursverfahrens beantragt, Teile ihrer Forderungen gegen die Konkursschuldnerin im Hinblick auf die unmittelbare Wirkung der Empfehlung 86/198/EGKS²⁶¹ als bevorrechtigt festzustellen. Diese Empfehlung verlieh für den Fall, dass Mitgliedstaaten ihren Steuerforderungen ein Vorrecht auf das gesamte Vermögen oder Teile des Vermögens des Abgabepflichtigen einräumten, Forderungen der Kommission, die durch die Erhebung von Umlagen nach Art. 49 f. EGKSV begründet worden waren, dieselbe Rangstellung. Italien hatte die Empfehlung nicht fristgerecht umgesetzt. Das Tribunale Brescia legte dem Gerichtshof daraufhin unter anderem die Frage vor, ob den betreffenden Bestimmungen der Empfehlung 89/198/EGKS unmittelbare Wirkung zukomme.

Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass seine Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien auf Empfehlungen nach Art. 14 Abs. 3 EGKSV übertragbar sei, da letztere – sofern sie an Staaten gerichtet seien – dieselbe Rechtsnatur wie Richtlinien besäßen.²⁶² Unter Bezugnahme auf die *Marshall I*-Entscheidung wies er dann darauf hin, dass im vorliegenden Fall die Forderungen der EGKS nicht nur mit denen des betroffenen Mitgliedstaates, sondern auch mit denen anderer Gläubiger zusammentreffen können, so dass sich die Berufung auf die betreffenden Bestimmungen der Empfehlung auch zu Lasten einzelner auswirken könnte, deren Forderungen einen niedrigeren Rang besäßen.²⁶³ Der Gerichtshof gelangte so zu dem Ergebnis, dass die EGKS sich nach fruchtlosem Ablauf der Umsetzungsfrist auf die unmittelbar wirksamen Bestimmungen der Empfehlung gegenüber einem Mitgliedstaat nur insoweit berufen kann, als die Anerkennung des Vorrechts ihrer Forderungen nur gegenüber dem Staat wirkt und die Rechte anderer Gläubiger, die diese nach nationalem Recht besitzen, nicht mindert.²⁶⁴

Die Entscheidung des Gerichtshofes ist im Hinblick auf die *Marshall*-Rechtsprechung konsequent. Denn im Unterschied zu den Fallkonstellationen, die den Entscheidungen des Gerichtshofes in den Rechtssachen *Beentjes* und *Fratelli Costanzo* zugrunde lagen, hätte die Privilegierung der von der EGKS erhobenen Forderungen gegenüber denen der übrigen Kläger die Rechtsposition letzterer unmittelbar und final beeinträchtigt und nicht lediglich

²⁶⁰ EuGH, Urt. v. 22.2.1990, Rs. C-221/88, Slg. 1990, I-495

²⁶¹ Empfehlung 86/198/EGKS vom 13.5.1986 zur Schaffung eines Vorrechts für Forderungen wegen Umlagen auf die Erzeugung von Kohle und Stahl, ABl. L 144, 40

²⁶² EuGH, Urt. v. 22.2.1990, a.a.O. (Rn. 21)

²⁶³ EuGH, Urt. v. 22.2.1990, a.a.O. (23 ff.)

²⁶⁴ EuGH, Urt. v. 22.2.1990, a.a.O. (26 ff.)

reflexartig. Das Konkursverfahren hatte gerade die Gestaltung privater Rechtsverhältnisse zum Gegenstand. Es handelte sich daher nicht um ein multipolares Rechtsverhältnis im engeren Sinn, in dem mehrere bipolare Rechtsverhältnisse durch eine staatliche Stelle zueinander in Beziehung gesetzt werden.²⁶⁵

cc. Die „*Karella-Rechtsprechung*“ und die Entscheidung in der Rechtssache *Panagis Pafitis*

(1) Die „*Karella-Rechtsprechung*“

Im Zentrum der „*Karella-Rechtsprechung*“ stand die Frage nach der Vereinbarkeit des griechischen Gesetzes Nr. 1386/1983²⁶⁶ mit Vorschriften der Richtlinie 77/91/EWG²⁶⁷ (im folgenden: Zweite Richtlinie). Durch dieses Gesetz wurde der Organismos oikonomikis Anasygkrotiseos Epicheiriseon (Anstalt für Unternehmensneuordnung, im folgenden: OAE) geschaffen, eine Aktiengesellschaft, deren Anteile vollständig vom griechischen Staat gezeichnet wurden und dessen Zweck es war, zur wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung des Landes beizutragen. Zur Verwirklichung dieses Zweckes konnten dem OEA durch den zuständigen Minister die Verwaltung und laufende Geschäftsführung solcher sanierter und verstaatlichter Unternehmen übertragen werden, die zuvor durch Entscheidung des Wirtschaftsministers den Regelungen des Gesetzes unterstellt worden waren. Nach Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes²⁶⁸ endeten mit der Veröffentlichung der ministeriellen Entscheidung die Befugnisse der Geschäftsführungsorgane des Unternehmens. Die Hauptversammlung blieb zwar weiter bestehen, hatte jedoch keinen Einfluss auf die personelle Zusammensetzung oder die Vergütung des OAE. Nach Art. 8 Abs. 8 des Gesetzes konnte der OAE beschließen, abweichend von den für Aktiengesellschaften geltenden Bestimmungen das Grundkapital der betreffenden Gesellschaft zu erhöhen. Die bisherigen Aktionäre behielten dabei ihr Bezugsrecht, das sie innerhalb der in der Zustimmungsentscheidung des Ministers gesetzten Frist ausüben mussten.

²⁶⁵ so auch Ruffert in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, Art. 249 (Rn. 84)

²⁶⁶ Gesetz Nr. 1386/1983 vom 5.8.1983, Amtsblatt der Griechischen Republik Nr. 107 vom 8.8.1983, 1926

²⁶⁷ Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13.12.1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. EG 1977, Nr. L 26, 1 ff.

²⁶⁸ in seiner durch das Gesetz Nr. 1472/1984 vom 3.8.1984 (Amtsblatt der Griechischen Republik Nr. 112 vom 6.8.1984, 1273) geänderten Fassung

Im Ausgangsverfahren der Rechtssache *Karella und Karellas*²⁶⁹ klagten Altaktionäre einer den Bestimmungen des Gesetzes 1386/1983 unterstellten Aktiengesellschaft, deren Geschäftsführung vom OAE übernommen worden war, auf Aufhebung einer Verfügung des Staatssekretärs für Industrie, Energie Technologie, mit der dieser die Erhöhung des Grundkapitals der Gesellschaft durch den OAE genehmigt hatte. Der Gerichtshof entschied auf die Vorlagefragen des nationalen Gerichtes, des Symvoulío Epikrateias (Staatsrat), zunächst, dass Art. 25 Abs. 1 der Zweiten Richtlinie, wonach jede Kapitalerhöhung durch die Hauptversammlung beschlossen werden muss, klar und genau formuliert sowie unbedingt ist und damit unmittelbare Wirkung entfaltet.²⁷⁰ Anschließend stellte der Gerichtshof fest, dass ein Gesetz wie das Gesetz 1386/1983 in den Anwendungsbereich der Zweiten Richtlinie, die in allen Mitgliedstaaten ein Mindestmaß an Aktionärsschutz gewährleisten soll, fällt. Dieses Ziel wäre nach der Auffassung des Gerichtshofes ernsthaft in Frage gestellt, wenn die Mitgliedstaaten von den Bestimmungen der Richtlinie abweichende Regelungen beibehalten könnten, aufgrund derer durch eine Maßnahme der Geschäftsführung ohne jeden Beschluss der Hauptversammlung eine Erhöhung des Grundkapitals beschlossen werden kann. Weder im EWG-Vertrag noch in der Zweiten Richtlinie selbst seien Bestimmungen vorgesehen, die es den Mitgliedstaaten erlaubten, in Krisensituationen von Art. 25 Abs. 1 der Richtlinie abzuweichen. Nach Ansicht des Gerichtshofes handelt es sich bei einer Kapitalerhöhung durch die Geschäftsführung als bloßer Sanierungsmaßnahme auch nicht um eine vom Anwendungsbereich der Zweiten Richtlinie nicht umfasste Abwicklungsregelung. Auch die Ausnahme nach Art. 41 Abs. 1 der Zweiten Richtlinie sei nicht einschlägig. Somit kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass Art. 25 in Verbindung mit Art. 41 Abs. 1 der Zweiten Richtlinie einer nationalen Regelung entgegen stehen, nach der die Geschäftsführung die Erhöhung des Grundkapitals bestimmter überschuldeter Unternehmen beschließen kann, auch wenn dabei das Bezugsrecht der Altaktionäre bei der Ausgabe der neuen Aktien unberührt bleibt.²⁷¹

Durch seine Entscheidungen in den Rechtssachen *Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklesias*²⁷² und *Kerafina*²⁷³, die gleich gelagerte Fälle betrafen, bestätigte der Gerichtshof seine in der Rechtssache *Karella und Karellas* geäußerte Auffassung.

²⁶⁹ EuGH, Urt. v. 30.5.1991, Verb. Rs. C-19/90 u. C-20/90, Slg. 1991, I-2691; gleiches gilt nach Ansicht des Gerichtshofes für Art. 41 Abs. 1 der Richtlinie

²⁷⁰ EuGH, Urt. v. 30.5.1991, a.a.O. (2716 f.)

²⁷¹ EuGH, Urt. v. 30.5.1991, a.a.O. (2717 ff.)

²⁷² EuGH, Urt. v. 24.3.1992, Rs. C-381/89, Slg. 1992, I-2111

²⁷³ EuGH, Urt. v. 12.11.1992, Verb. Rs. C-134/91 u. C-135/91, Slg. 1992, I-5699

(2) Die Rechtssache *Panagis Pafitis*

In engem Zusammenhang mit der „*Karella-Rechtsprechung*“ steht die Entscheidung des Gerichtshofes in der Rechtssache *Panagis Pafitis*²⁷⁴. Im Ausgangsverfahren hatten Altaktionäre einer griechischen Bank in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft sich in einem gerichtlichen Verfahren der Bank sowie den neuen Aktionären gegenüber gegen die Erhöhung des Grundkapitals der Bank gewendet. Die Erhöhung des Grundkapitals erfolgte auf der Grundlage von für Kreditinstitute geltenden Sonderregelungen, die den Gouverneur der Bank von Griechenland unter bestimmten Voraussetzungen ermächtigen, eine Bank durch den Erlass einer Verfügung unter kommissarische Aufsicht zu stellen. Mit der Veröffentlichung der Entscheidung über die Einsetzung des kommissarischen Verwalters enden alle Befugnisse und Zuständigkeiten der satzungsmäßigen Organe der Bank kraft Gesetzes und gehen mit der Verwaltung der Bank auf den kommissarischen Verwalter über. Die Kläger des Ausgangsverfahrens haben die erste von mehreren Verfügungen des kommissarischen Verwalters angefochten, mittels derer er die Satzung der Bank änderte und so eine Erhöhung ihres Grundkapitals herbeiführte. Das nationale Gericht, der Polymedes Protodikeio Athen, setzte daraufhin das Verfahren aus und stellte dem Gerichtshof drei Fragen zur Vorabentscheidung. Die ersten beiden Fragen zielten im Wesentlichen darauf ab, ob Aktiengesellschaften des Banksektors vom Anwendungsbereich der Zweiten Richtlinie erfasst werden und inwieweit die Bestimmungen der Zweiten Richtlinie, insbesondere die Art. 25 ff. und Art. 29, auch für Banken gelten.

In seiner Entscheidung wies der Gerichtshof zunächst darauf hin, dass Aktiengesellschaften des Banksektors in Ermangelung einer Ausnahmeregelung vom Anwendungsbereich der Zweiten Richtlinie umfasst seien.²⁷⁵ Unter Bezugnahme auf die „*Karella-Rechtsprechung*“ entschied er dann, dass Art. 25 der Zweiten Richtlinie auch auf Maßnahmen zur Sanierung einer Gesellschaft anwendbar sein müsse, da ansonsten der den Aktionären zuzuerkennende Mindestschutz nicht mehr gewährleistet sei.²⁷⁶ Auch handle es sich bei den streitigen nationalen Vorschriften nicht um mit der Zweiten Richtlinie vereinbare Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder Abwicklungsmaßnahmen, da die nationale Vorschrift zwischen dem zur Liquidation führenden Entzug der Zulassung einer Bank und der Einsetzung eines Verwalters, der gerade den Fortbestand der betroffenen Gesellschaft sichern soll, klar unterscheide. Dies sei auch daran ersichtlich, dass die Kapitalerhöhungen, die im

²⁷⁴ EuGH, Urt. v. 12.3.1996, Rs. C-441/93, Slg. 1996, I-1347

²⁷⁵ EuGH, Urt. v. 12.3.1996, a.a.O. (1371 f.)

²⁷⁶ EuGH, Urt. v. 12.3.1996, a.a.O. (1375)

Anschluss an die von der kommissarischen Verwaltung vorgenommene Kapitalerhöhung erfolgten, wieder von der Hauptversammlung der Aktionäre beschlossen wurden.²⁷⁷ So gelangte der EuGH zu dem Ergebnis, dass die Bestimmungen der Zweiten Richtlinie, insbesondere die Art. 25 ff. und Art. 29, auch für Banken gelten und verwies im übrigen auf seine „*Karella-Rechtsprechung*“.

(3) Würdigung

Obige Rechtsprechung ist im Sinne des Aktionärsschutzes zu begrüßen. Gleichwohl steht insbesondere die nach *Faccini Dori* erlassene *Panagis Pafitis*-Entscheidung in einem Spannungsverhältnis zur uneingeschränkten Ablehnung der horizontalen unmittelbaren Wirkung durch den Gerichtshof. Denn wenn man den Altaktionären die Möglichkeit zuerkennt, sich auf die unmittelbar wirksame Bestimmung des Art. 25 Abs. 1 der Zweiten Richtlinie zu berufen, werden dadurch die neuen Aktionäre, die im Zuge der Kapitalerhöhung Aktien bezogen haben, ihrer Rechte enthoben. Dieser Rechtsnachteil ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes unproblematisch, wenn es sich um staatliche Stellen handelt, nicht aber, wenn die neuen Aktionäre Privatpersonen oder private Unternehmen sind. Ein Unterschied zu *Faccini Dori* und *Corte Inglés* besteht allerdings darin, dass der durch die unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmung Begünstigte sich gegen die Entscheidung einer staatlichen Stelle wendet. Erst durch deren Zurücktreten hinter die vorrangige Richtlinienbestimmung erfolgt eine Benachteiligung einer anderen Privatperson. Die unmittelbare Wirkung kann daher nur in Mehrpersonenverhältnissen, in denen eine Rechtsbeziehung zwischen mehreren Privatpersonen durch eine staatliche Stelle vermittelt wird (multipolaren Rechtsverhältnissen), zu indirekten Belastungen eines einzelnen führen. Ob der Gerichtshof für derartige Konstellationen eine Ausnahme von seiner Rechtsprechung machen wollte, bleibt jedoch offen, da er sich zu diesem Problem in den genannten Urteilen nicht äußern musste.²⁷⁸

²⁷⁷ EuGH, Urt. v. 12.3.1996, a.a.O. (1379 f.)

²⁷⁸ Dies überrascht um so mehr, als die Altaktionäre im Ausgangsverfahren zu *Panagis Pafitis* ausdrücklich auch die Zuteilung der Aktien angefochten und die Feststellung beantragt hatten, dass die neuen Aktionäre weder die Rechtsstellung von Aktionären der betreffenden Aktiengesellschaft besäßen noch das Recht zur Teilnahme an ihrer Hauptversammlung erworben hätten (Urt. v. 12.3.1996, a.a.O. (Rn. 11)).

dd. Die Rechtssache *Großkrotzenburg*²⁷⁹

Gegenstand der Rechtssache *Großkrotzenburg* war ein von der Kommission eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen eines Verstoßes gegen die Artikel 5 und 189 EWGV [jetzt Art. 10 und 249 EG] sowie gegen mehrere Bestimmungen der UVP-Richtlinie²⁸⁰, in dem die Kommission eine vom Regierungspräsidium Darmstadt erteilte Genehmigung zur Errichtung eines neuen Kraftwerksblocks des Wärmekraftwerks Großkrotzenburg beanstandete. Die Bundesrepublik Deutschland setzte die UVP-Richtlinie erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist in nationales Recht um. Zum maßgeblichen Zeitpunkt der Eröffnung des Genehmigungsverfahrens bestanden keine nationalen Umsetzungsvorschriften. Nach Auffassung der Kommission wurden im Genehmigungsverfahren die Artikel 2, 3 und 8 der UVP-Richtlinie missachtet, die vor Erteilung der Genehmigung die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung vorsahen und bestimmte Modalitäten dieses Verfahrens festlegten. Die Bundesrepublik Deutschland hielt die Klage unter anderem deshalb für unzulässig, weil die genannten Richtlinienbestimmungen dem einzelnen keine individuellen Rechte einräumten und daher keine unmittelbare Wirkung entfalten könnten.

Der Gerichtshof entschied im Rahmen seiner Zulässigkeitsprüfung, dass die Frage, ob die Bundesrepublik Deutschland die sich unmittelbar aus der Richtlinie ergebende Verpflichtung zur Prüfung der Umweltverträglichkeit des betreffenden Projekts nicht erfüllt habe, „mit der – in der Rechtsprechung des Gerichtshofes anerkannten – Möglichkeit für den einzelnen, sich gegenüber dem Staat unmittelbar auf unbedingte sowie hinreichend klare und genaue Vorschriften einer nicht umgesetzten Richtlinie zu berufen, nichts zu tun [hat]“.²⁸¹ Die fraglichen Vorschriften erlegten den zuständigen nationalen Behörden unmissverständlich die Pflicht auf, bestimmte Projekte einer Umweltverträglichkeitsprüfung zu unterziehen.²⁸² Der Gerichtshof verneinte jedoch letztlich einen Verstoß der Bundesrepublik Deutschlands gegen diese Bestimmungen mit der Begründung, dass die Kommission der Bundesrepublik Deutschland keine konkreten Verstöße gegen die Richtlinie habe nachweisen könne.²⁸³

Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist, dass der Gerichtshof zur Begründung der unmittelbaren Wirkung, die er Bestimmungen einer nicht fristgemäß in nationales Recht

²⁷⁹ EuGH, Urt. v. 11.8.1995, Rs. C-431/92, Slg. 1995, I-2189

²⁸⁰ Richtlinie 85/337/EWG des Rates vom 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. L 175, 40

²⁸¹ EuGH, Urt. v. 11.8.1995, a.a.O. (Rn. 26)

²⁸² EuGH, Urt. v. 11.8.1995, a.a.O. (Rn. 40)

²⁸³ EuGH, Urt. v. 11.8.1995, a.a.O. (Rn. 45)

umgesetzten Richtlinie zugesprochen hat, auf die durch die jeweiligen Bestimmungen aufgestellte Verpflichtung eines Mitgliedstaates verweist, die er von der Geltendmachung unmittelbar wirksamer Richtlinienbestimmungen durch einzelne klar unterscheidet. Der Gerichtshof knüpft damit an seine Entscheidung in der Rechtssache *Fratelli Costanzo* an, in der er mit demselben Argument eine Bindung nationaler Behörden an unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen bejaht hatte und auf die Generalanwalt *Elmer* in seinen Schlussanträgen ausdrücklich Bezug nahm.²⁸⁴

ee. Die Rechtssache *Wells*²⁸⁵

In der Rechtssache *Wells* befasste sich der Europäische Gerichtshof erneut mit der Vereinbarkeit nationaler Regelungen mit der UVP-Richtlinie²⁸⁶. Gegenstand des nationalen Ausgangsverfahrens war ein Rechtsstreit zwischen Frau Wells und dem Secretary of State für Transport, Local Government and the Regions, in dem es um die Erteilung einer neuen Bergbaugenehmigung für einen in der unmittelbaren Nachbarschaft des Hauses von Frau Wells befindlichen Steinbruch ging. Für diesen Steinbruch war im Jahr 1947 auf der Grundlage der damaligen gesetzlichen Regelung, dem Town and Country Planning Act 1947, eine Bergbaugenehmigung (old mining permission) erteilt worden. Als Frau Wells ihr Haus im Jahr 1984 erwarb, war der Betrieb des Steinbruchs seit langem eingestellt. Für Old Mining Permissions enthält der Planning and Compensation Act 1991 eine Sonderregelung, wonach der Betrieb auf der Grundlage dieser Genehmigungen wieder aufgenommen werden kann, wenn die Auflagen, unter denen die Old Mining Permission erteilt wird, gemäß Section 22 Planning and Compensation Act 1991 festgelegt und registriert werden. Für den Fall, dass bis zum 15.03.1992 kein Antrag auf Registrierung gestellt wird, erlischt die Old Mining Permission. Nach Section 22 Planning and Compensation Act 1991 haben die Bestimmungen, die die Old Mining Permissions betreffen, die gleichen Wirkungen, als ob sie Teil des Town and Country Planning Act 1990 wären.

Die Zulässigkeit neuer Bergbaugenehmigungen bemisst sich nach dem Town and Country Planning Act 1990. Für diese Genehmigungen ist die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung nach der UVP-Richtlinie zwingend vorgesehen. Dagegen

²⁸⁴ Schlussanträge vom 21.2.1995, Rs. C-431/92, Slg. 1995, I-2189 (2199 f.)

²⁸⁵ EuGH, Urt. v. 07.01.2004, Rs. C-201/02, Slg. 2004, I-723

²⁸⁶ Richtlinie 85/337/EWG des Rates vom 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. L 175, 40

wurde aufgrund der Sonderregelung in Section 22 Planning and Compensation Act 1991 die Auffassung vertreten, dass für die Festsetzung neuer Auflagen bzw. die Genehmigung bestimmter Punkte der neuen Auflagen für Old Mining Permissions keine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen ist.

Im Jahr 1991 beantragten die Eigentümer des in der Nachbarschaft von Frau Wells gelegenen Steinbruchs die Registrierung ihrer Old Mining Permission nach Section 22 Planning and Compensation Act 1991. Diesem Antrag wurde von den zuständigen Genehmigungsbehörden unter bestimmten Betriebsauflagen entsprochen. Eine Umweltverträglichkeitsprüfung wurde nicht durchgeführt. Hiergegen wandte sich Frau Wells und beantragte bei der staatlichen Genehmigungsbehörde, dem Secretary of State für Transport, Local Government and the Regions, die Umweltverträglichkeitsprüfung nachzuholen oder die erteilte Bergbaugenehmigung aufzuheben. Nachdem der Secretary of State für Transport, Local Government diese Anträge ablehnte, rief Frau Wells den High Court of Justice (England & Wales) an.

Dieser setzte das Verfahren aus und legte dem Europäischen Gerichtshof mehrere Fragen zur Auslegung der UVP-Richtlinie zur Vorabentscheidung vor. Auf die Vorlagefragen des High Court of Justice (England & Wales) entschied der Gerichtshof zunächst, dass im Rahmen der Anwendung von Bestimmungen wie Section 22 und Schedule 2 des Planning and Compensation Act 1991 getroffene Entscheidungen der zuständigen Behörden, die bewirken, dass die Wiederaufnahme eines Bergbaubetriebs zugelassen wird, eine Genehmigung im Sinne von Artikel 1 Absatz 2 der UVP-Richtlinie darstellen. Somit seien die zuständigen Behörden dazu verpflichtet, eine Umweltverträglichkeitsprüfung in Bezug auf diesen Betrieb vorzunehmen, wenn durch ihn mit erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt zu rechnen ist.²⁸⁷ Zwar fände die UVP-Richtlinie auf Genehmigungen, die vor Ablauf ihrer Umsetzungsfrist am 03.07.1988 erteilt wurden (alte Genehmigung), bzw. bei denen das Genehmigungsverfahren vor diesem Zeitpunkt eingeleitet wurde (so genannte Pipeline-Projekte) keine Anwendung. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes stünde es jedoch der praktischen Wirksamkeit der UVP-Richtlinie entgegen, wenn der Erlass von Entscheidungen, mit denen unter Umständen wie solchen des Ausgangsverfahrens nicht nur der Wortlaut, sondern auch der Inhalt einer vorherigen Genehmigung wie der Old Mining Permission ersetzt wird, als bloße Änderung einer bestehenden Genehmigung betrachtet würde. Daher seien Entscheidungen wie der Bescheid über die Festlegung neuer Auflagen und die Entscheidung über die Genehmigung bestimmter Punkte der neuen Auflagen nach

²⁸⁷ EuGH, Urt. v. 07.01.2004, a.a.O. (Rn. 53)

Maßgabe von Section 22 des Planning and Compensation Act 1991 als neue Genehmigung eines Projekts im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 2 der Richtlinie 85/ 337 anzusehen.²⁸⁸

Im Folgenden befasste sich der EuGH mit der Frage, ob sich der Einzelne in einer Fallkonstellation, wie sie dem Ausgangsverfahren zugrunde lag, unmittelbar auf Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit den Artikeln 1 Absatz 2 und 4 Absatz 2 der UVP-Richtlinie berufen kann, um gegen eine Genehmigung vorzugehen, die ohne vorherige Durchführung der nach der UVP-Richtlinie vorgeschriebenen Umweltverträglichkeitsprüfung erlassen wurde. Nach Auffassung der Regierung des Vereinigten Königreichs würde dies einen Fall der vertikal belastenden unmittelbaren Wirkung darstellen, in dem der betreffende Mitgliedstaat auf Antrag eines einzelnen wie Frau Wells unmittelbar verpflichtet wäre, einem anderen einzelnen wie den Eigentümern des Steinbruchs ihre Rechte zu entziehen. Der Gerichtshof stellte hierzu fest, dass der Grundsatz der Rechtssicherheit zwar der Begründung von *Verpflichtungen* für den einzelnen durch Richtlinien entgegensteht. Dagegen rechtfertigen bloße *negative Auswirkungen* auf die Rechte Dritter es nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofes nicht, dem einzelnen das Recht auf Berufung auf die Bestimmungen einer Richtlinie gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat zu versagen. Im Ausgangsverfahren stünde die Verpflichtung des betreffenden Mitgliedstaats, eine Umweltverträglichkeitsprüfung des Betriebes des Steinbruchs von den zuständigen Behörden vornehmen zu lassen, nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Erfüllung einer Verpflichtung, die nach der UVP-Richtlinie den Eigentümern dieses Steinbruchs obläge. Der Umstand, dass der Bergbaubetrieb bis zum Vorliegen der Ergebnisse dieser Prüfung eingestellt werden muss, sei zwar die Folge der verspäteten Pflichterfüllung durch diesen Staat. Diese Folge könne jedoch nicht als vertikal belastende unmittelbare Wirkung der Bestimmungen dieser Richtlinie gegenüber den Eigentümern angesehen werden. Im Ergebnis lässt der Gerichtshof die unmittelbare Wirkung in derartigen Fallkonstellationen zu.²⁸⁹

Damit knüpft der Europäische Gerichtshof an seine Entscheidung in der Rechtssache *Großkrotzenburg* an und bekräftigt seine Rechtsprechung, wonach die sich unmittelbar aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung mit der Möglichkeit für den einzelnen, sich gegenüber dem

²⁸⁸ EuGH, Urt. v. 07.01.2004, a.a.O. (Rn. 43 ff.)

²⁸⁹ EuGH, Urt. v. 07.01.2004, a.a.O. (Rn. 54 ff.)

Staat unmittelbar auf unbedingte sowie hinreichend klare und genaue Vorschriften einer nicht umgesetzten Richtlinie zu berufen, nichts zu tun hat.

ff. Fazit

Die vorgenannten Entscheidungen, die sich mit der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien in multipolaren Rechtsverhältnissen befassen, lassen zwei Schlussfolgerungen zu: Zum einen befürwortet der Gerichtshof die vertikal begünstigende unmittelbare Wirkung von Richtlinien auch dann, wenn sie vermittelt durch die Entscheidung einer staatlichen Stelle zu Belastungen Dritter führt. Dass die daraus resultierende mittelbare horizontale Wirkung von Richtlinien in einem Spannungsverhältnis zur Ablehnung der unmittelbaren horizontalen Wirkung steht, wird vom Gerichtshof – obgleich er hierzu in den betreffenden Entscheidungen nicht ausdrücklich Stellung genommen hat – offensichtlich akzeptiert, da nicht zuletzt aufgrund der zahlreichen Stellungnahmen in der juristischen Literatur zu dieser Problematik davon ausgegangen werden muss, dass er sich des Problems bewusst war.

Zum anderen differenziert der Gerichtshof zwischen mehreren Arten der unmittelbaren Wirkung: Der Möglichkeit des einzelnen, sich gegenüber dem Staat auf eine Richtlinienbestimmung zu berufen (subjektive unmittelbare Wirkung) wird die durch eine unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmung begründete Verpflichtung mitgliedstaatlicher Behörden zu einem bestimmten Handeln und Unterlassen (objektive unmittelbare Wirkung) gegenübergestellt. Dies legen insbesondere die Entscheidungen *Fratelli Costanzo* und *Großkrotzenburg* nahe.²⁹⁰ In der Rechtssache *Wells* hat der Europäische Gerichtshof die dortige Rechtsprechung nunmehr bestätigt. In *Großkrotzenburg* und *Wells* unterscheidet der Gerichtshof ausdrücklich die sich aus unmittelbar wirksamen Richtlinienbestimmungen ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten von der Möglichkeit des einzelnen, sich gegenüber dem Staat auf unmittelbar wirksame Vorschriften einer nicht umgesetzten Richtlinie zu berufen.

²⁹⁰ so auch Callies, Zur unmittelbaren Wirkung der EG-Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung und ihrer Umsetzung im deutschen Immissionsschutzrecht, NVwZ 1996, 339 (341); Gellermann, Auflösung von Normwidersprüchen zwischen europäischem und nationalem Recht, DÖV 1996, 433 (436); Hölscheidt, Abschied vom subjektiv-öffentlichen Recht?, EuR 2001, 376 (384); Kühling/Röckinghausen, Legislative Umsetzungsdefizite und exekutive Schadensbegrenzung, DVBl. 1999, 1614 (1616); Pechstein, Die Anerkennung der rein objektiven unmittelbaren Richtlinienwirkung, EWS 1996, 261 (263); Scherzberg, Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, JuS 1993, 225 (229)

Nach der Ansicht von *Epiney*²⁹¹ folgt aus *Großkrotzenburg* die Aufgabe des Erfordernisses der Individualbegünstigung einer Richtlinienbestimmung als Voraussetzung ihrer unmittelbaren Wirkung.

Ruffert vertritt dagegen die Auffassung, dass sich der Rechtsprechung des Gerichtshofes eine derartige Differenzierung nicht entnehmen lässt. In *Großkrotzenburg* habe sich der EuGH lediglich unpräzise ausgedrückt und bereits in der Rechtssache *Kraaijeveld*²⁹² unter Bezugnahme auf Bestimmungen der UVP-Richtlinie wieder auf seine gefestigte Rechtsprechung betreffend die vertikale unmittelbare Wirkung zurückgegriffen, ohne neue Kategorien der unmittelbaren Wirkung zu schaffen.²⁹³

Dies vermag nicht zu überzeugen. Wenngleich es zutrifft, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofes in dieser Hinsicht alles andere als eindeutig ist und weiten Raum für Interpretationen lässt, so kann *Kraaijeveld* jedoch auch kein Argument gegen die hier befürwortete Interpretation entnommen werden. Zum einen kann diese Entscheidung, in der der EuGH zu seiner früheren Rechtsprechung betreffend die Kontrolle des Umsetzungsspielraumes der innerstaatlichen Stellen (*legal review*)²⁹⁴ zurückzukehren scheint²⁹⁵, schwerlich als typisches Urteil zur unmittelbaren Wirkung angesehen werden. Zum anderen ist es durchaus möglich und sogar nahe liegend, dass sich der Anwendungsbereich der subjektiven und der objektiven unmittelbaren Wirkung überschneiden, so dass die unmittelbare Wirkung derselben Richtlinienbestimmung je nach der zugrunde liegenden Fallkonstellation einmal durch subjektiv-rechtliche Erwägungen und ein anderes Mal unter Hinweis auf die Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Behörden gerechtfertigt sein kann.

b. Die Rechtssache *Ruiz Bernáldez*²⁹⁶

In dieser Rechtssache hatte die Audiencia Provincial Sevilla dem Gerichtshof mehrere Fragen zur Auslegung der EG-Richtlinien zur Angleichung der Rechtsvorschriften bezüglich der

²⁹¹ *Epiney*, Unmittelbare Anwendbarkeit und objektive Wirkung von Richtlinien, DVBl. 1996, 409 (412)

²⁹² EuGH, Urt. v. 24.10.1996, Rs. C-72/95, Slg. 1996, I-5403 (Rn. 54 ff.)

²⁹³ *Ruffert*, Rights and Remedies in European Community Law, C.M.L.Rev. 1997, 307 (320 f.)

²⁹⁴ siehe hierzu unter III.1.a.

²⁹⁵ dies wird von *Ruffert* an anderer Stelle auch ausdrücklich bedauert, vgl. *Ruffert* in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, Art. 249 (Rn. 95)

²⁹⁶ EuGH, Urt. v. 28.3.1996, Rs. C-129/94, Slg. 1996, I-1829

Haftpflichtversicherung²⁹⁷ vorgelegt. Anlass war ein Strafverfahren gegen Herrn Ruiz Bernáldez, der im Zustand der absoluten Fahruntüchtigkeit einen Verkehrsunfall verursacht hatte und in der Vorinstanz zum Ersatz des von ihm verursachten Sachschadens verurteilt worden war, während seine Haftpflichtversicherung aus der Haftung entlassen worden war. Die zum streitgegenständlichen Zeitpunkt in Spanien geltende Pflichtversicherungsordnung sah vor, dass Sachschäden, die vom Fahrer im Zustand der absoluten Fahruntüchtigkeit verursacht werden, von der Deckung durch die Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung ausgeschlossen sind. Art. 3 der Richtlinie 72/166/EWG bestimmt, dass jeder Mitgliedstaat alle zweckdienlichen Maßnahmen trifft, um eine Deckung des Haftpflichtrisikos der gewöhnlich im Inland befindlichen Fahrzeuge sicherzustellen, überlässt aber den Mitgliedstaaten einen großen Spielraum bei der Umsetzung. Dieser Spielraum wurde durch den Erlass der folgenden Richtlinien erheblich eingeschränkt.

Der Gerichtshof stellte klar, dass der Schutzzweck der Richtlinien darin liege, zum einen den freien Verkehr der Fahrzeuge mit gewöhnlichem Standort im Gebiet der Gemeinschaft sowie deren Insassen zu gewährleisten, zum anderen den Personen, die bei durch diese Fahrzeuge verursachten Unfällen verletzt wurden, im ganzen Gemeinschaftsgebiet eine vergleichbare rechtliche Behandlung zu garantieren.²⁹⁸ Angesichts dieses Schutzzweckes sei Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 72/166/EWG dahingehend auszulegen, dass die Kraftfahrzeugversicherung diesen Unfallopfern den Ersatz aller ihnen entstandenen Schäden in dem durch die Richtlinien festgelegten Umfang ermöglichen müsse. Daher stehe Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 72/166/EWG einer nationalen Regelung entgegen, „nach der sich der Versicherer auf Rechtsvorschriften oder Vertragsklauseln berufen kann, um Dritten, die Opfer eines durch das versicherte Fahrzeug verursachten Unfalls sind, eine Entschädigung zu verweigern“.²⁹⁹ Dagegen könne der Versicherer in bestimmten Fällen beim Versicherten Regress nehmen.³⁰⁰

Die Einordnung dieser Entscheidung in die Rechtsprechung des Gerichtshofes gestaltet sich als schwierig, da der Gerichtshof in ihr weder auf seine Judikatur zur richtlinienkonformen Auslegung noch auf seine Urteile zur unmittelbaren Wirkung Bezug genommen hat. Im

²⁹⁷ Richtlinie 72/166/EWG des Rates vom 24.4.1972 betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bezüglich der KfZ-Haftpflichtversicherung und der Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht, ABl. L 103, 1; Zweite Richtlinie 84/5/EWG des Rates vom 30.12.1983 betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bezüglich der KfZ-Haftpflichtversicherung, ABl. L 8, 17; Dritte Richtlinie 90/232/EWG des Rates vom 14.5.1990 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bezüglich der KfZ-Haftpflichtversicherung, ABl. L 129, 33 (diese Richtlinie war zum streitgegenständlichen Zeitpunkt bereits erlassen worden, die zu ihrer Umsetzung festgelegte Frist war aber noch nicht abgelaufen)

²⁹⁸ EuGH, Urt. v. 28.3.1996, a.a.O. (Rn. 13 ff.)

²⁹⁹ EuGH, Urt. v. 28.3.1996, a.a.O. (Rn. 20)

³⁰⁰ EuGH, Urt. v. 28.3.1996, a.a.O. (Rn. 22)

Schrifttum wird sie teilweise als Beispiel für eine Abkehr des Gerichtshofes von *Marshall I* und *Faccini Dori* angeführt.³⁰¹ Gegen eine solche Annahme spricht jedoch, dass sich die Vorlagefragen des nationalen Gerichts lediglich auf die Auslegung der Richtlinien beschränkten und nicht auf die Folgen der Unvereinbarkeit nationaler Bestimmungen mit den Richtlinien gerichtet waren. Zudem hatte das nationale Gericht von Anfang an betont, dass es eine richtlinienkonforme Auslegung des spanischen Rechts für geboten halte, so dass der Gerichtshof möglicherweise keine Notwendigkeit sah, explizit auf die Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung des nationalen Rechts und seine einschlägige Rechtsprechung hinzuweisen. Es liegt daher nahe, dass der Gerichtshof dem nationalen Gericht lediglich die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die richtlinienkonforme Auslegung seines nationalen Rechts vermitteln wollte.³⁰²

c. Die Urteile zur Auslegung der Richtlinie 83/189/EWG – Aufgabe von *Faccini Dori*?

Eine andere Tendenz in der Rechtsprechung des Gerichtshofes lässt sich in mehreren Entscheidungen zur Auslegung der Richtlinie 83/189/EWG³⁰³ beobachten. Diese Richtlinie legt in ihrem Art. 8 ein vor dem Erlass bestimmter technischer Vorschriften einzuhaltendes Notifizierungsverfahren fest, das die umfassende Information der Kommission und der anderen Mitgliedstaaten beinhaltet und es diesen ermöglicht, Bemerkungen zu machen, die der betreffende Mitgliedstaat berücksichtigen muss. Art. 9 der Richtlinie bestimmt, zu welchem Zeitpunkt die technische Vorschrift frühestens in Kraft gesetzt werden darf. Abhängig davon, ob binnen drei Monaten nach der Notifizierung die Kommission oder ein anderer Mitgliedstaat eine ausführliche Stellungnahme verbunden mit Änderungsvorschlägen zu dem Entwurf abgibt, um etwaige Handelshemmnisse, die sich aus der geplanten Maßnahme ergeben könnten, zu verhindern oder zu begrenzen, oder ob die Kommission ihre Absicht mitteilt, für den betreffenden Bereich eine Richtlinie zu erlassen oder vorzuschlagen, beträgt diese Frist zwischen drei und zwölf Monaten. Aus dringenden Gründen, die in Art. 9 der Richtlinie aufgeführt sind und über die die Kommission informiert werden muss, kann ein

³⁰¹ Hilson/Downes, Making Sense of Rights: Community Rights in E.C. Law, E.L.Rev. 1999, 121 (125 f.)

³⁰² so auch Lenz/Tynes/Young, Horizontal What? Back to Basics, E.L.Rev. 2000, 509 (514)

³⁰³ Richtlinie des Rates vom 28.3.1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. L 109, 8, geändert insbesondere durch die Richtlinie 88/182/EWG des Rates vom 22.3.1988 (ABl. L 81, 75) und die Richtlinie 94/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.3.1994 zur zweiten wesentlichen Änderung der Richtlinie 83/189/EWG (ABl. L 100, 30). Im Folgenden wird die Bezeichnung „Richtlinie 83/189/EWG“ verwendet.

Mitgliedstaat eine technische Vorschrift früher erlassen. In den nachfolgenden Entscheidungen äußerte sich der Gerichtshof zu den Folgen der Missachtung der Richtlinie beim Erlass technischer Vorschriften.

aa. Die Rechtssache *CIA Security International*³⁰⁴

Im mitgliedstaatlichen Ausgangsverfahren zu dieser Rechtssache ging es um einen Rechtsstreit zwischen drei belgischen Sicherungsunternehmen, die Alarmsysteme und -zentralen herstellten und verkauften. Eines der Unternehmen, die CIA Security International SA (im folgenden: CIA Security) hatte vor dem nationalen Gericht gegen die beiden anderen Unternehmen Klage auf Unterlassung von Äußerungen erhoben, denen zufolge ein von der CIA Security vermarktetes Alarmsystem nicht den Anforderungen der belgischen Rechtsvorschriften für Sicherungssysteme genüge, und rügte einen Verstoß gegen die Lauterkeit des Handelsverkehrs. Weiterhin beantragte die CIA Security, die konkurrierenden Unternehmen zur Zahlung eines Bußgeldes sowie zur Veröffentlichung der Entscheidung zu verurteilen. Die Beklagten erhoben Widerklagen gegen die CIA Security, die darauf gestützt waren, dass die CIA Security ohne Genehmigung ein Diebstahlsicherungssystem vermarktet und damit gegen die einschlägigen belgischen Rechtsvorschriften verstoßen hatte. Diese erlaubten eine Vermarktung von Alarmsystemen und -zentralen erst, nachdem die Tauglichkeit der einzelnen Komponenten durch Tests sichergestellt und eine Zulassung erteilt worden war. Die betreffenden Rechtsvorschriften waren der Kommission nicht entsprechend den Bestimmungen der Richtlinie 83/189/EWG notifiziert worden. Das mit dem Verfahren befasste Gericht, das Tribunal de Commerce Lüttich, setzte das Verfahren aus, und legte dem Gerichtshof mehrere Fragen – unter anderem zur unmittelbaren Wirkung der Bestimmungen der Richtlinie 83/189/EWG sowie zur Anwendbarkeit einer nicht gemäß Art. 8 der Richtlinie notifizierten technischen Vorschrift vor den nationalen Gerichten – zur Vorabentscheidung vor.

Der Gerichtshof stellte fest, dass die Artikel 8 und 9 der Richtlinie eine genau umrissene Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Mitteilung von Entwürfen technischer Vorschriften an die Kommission vorsehen, und bejahte ihre unmittelbare Wirkung.³⁰⁵ Dann untersuchte er, „ob die Richtlinie 83/189 dahin auszulegen ist, dass der Verstoß gegen die Mitteilungspflicht,

³⁰⁴ EuGH, Urt. v. 30.4.1996, Rs. C-194/94, Slg. 1996, I-2201

³⁰⁵ EuGH, Urt. v. 30.4.1996, a.a.O. (2245 f.)

der einen Verfahrensfehler beim Erlass der betreffenden technischen Vorschriften darstellt, zur Unanwendbarkeit dieser technischen Vorschriften führt, so dass sie einzelnen nicht entgegen gehalten werden können“³⁰⁶. Der Gerichtshof wies darauf hin, dass Ziel der Richtlinie der Schutz des freien Warenverkehrs durch eine vorbeugende Kontrolle sei und dass die Mitteilungspflicht ein wichtiges Mittel zur Verwirklichung dieser Kontrolle sei. Die Wirksamkeit der Kontrolle sei dabei umso größer, wenn die Richtlinie dahin ausgelegt werde, dass der Verstoß gegen die Mitteilungspflicht einen wesentlichen Verfahrensfehler darstellt, der zur Unanwendbarkeit der fraglichen technischen Vorschrift auf einzelne führen kann. Die Rechtsfolge der Rechtswidrigkeit der technischen Vorschrift rechtfertigt der Gerichtshof auch mit den in der Richtlinie vorgesehenen Informationspflichten und den Einwirkungsmöglichkeiten der Kommission und der übrigen Mitgliedstaaten, durch die Einschränkungen des freien Warenverkehrs vermindert werden könnten. Für Fälle, in denen dringender Regelungsbedarf besteht, verweist der Gerichtshof auf Artikel 9 Abs. 3 der Richtlinie, wonach Ausnahmen von den Aussetzungsbestimmungen zulässig sind. Er gelangt damit zu dem Ergebnis, dass die Artikel 8 und 9 der Richtlinie 83/189/EWG von einzelnen vor dem nationalen Gericht herangezogen werden können, das die Anwendung einer nationalen technischen Vorschrift, die nicht gemäß der Richtlinie mitgeteilt wurde, ablehnen muss.³⁰⁷

Es überrascht, dass der Gerichtshof in seiner Entscheidung mit keinem Wort zur Problematik der horizontalen unmittelbaren Wirkung Stellung nahm, obwohl es sich beim Ausgangsverfahren um einen Rechtsstreit zwischen zwei Privatpersonen handelte und auch Generalanwalt *Elmer* in seinen Schlussanträgen ausführlich hierauf eingegangen ist. *Elmer* gelangte dabei zu dem Ergebnis, dass eine Berufung auf die unmittelbare Wirkung auch in einem Fall wie diesem möglich sein müsse. Die nicht gemäß den unmittelbar wirksamen Bestimmungen der Richtlinie 83/189/EWG notifizierte nationalen technischen Bestimmungen könnten der CIA Security nicht von den mit ihr konkurrierenden Sicherheitsunternehmen entgegen gehalten werden. Die CIA Security hingegen müsse sich gegenüber ihren Konkurrenten auf die unmittelbar wirksamen Bestimmungen berufen können, um eine Verurteilung zur Unterlassung der rufschädigenden Äußerungen zu erreichen. Andernfalls gelangte man nach der Auffassung von Generalanwalt *Elmer* zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass ein Bürger, der eine nicht notifizierte Vorschrift missachtet hat, zwar von dem Mitgliedstaat rechtlich nicht belangt werden darf, er selbst jedoch nicht

³⁰⁶ EuGH, Urt. v. 30.4.1996, a.a.O. (Rn. 45)

³⁰⁷ EuGH, Urt. v. 30.4.1996, a.a.O. (2246 ff.)

gegen die Äußerungen eines Konkurrenten vorgehen kann, wonach er aufgrund der Nichtbefolgung der nationalen Vorschriften rechtswidrig gehandelt habe.³⁰⁸

In Anbetracht dieser Ausführungen muss angenommen werden, dass der Gerichtshof durch seine Entscheidung bewusst von seiner bisherigen Linie der kategorischen Ablehnung der horizontalen unmittelbaren Wirkung abgewichen ist. Denn für die Beklagten des Ausgangsverfahrens hatte die Entscheidung weitreichende Folgen, da nunmehr nicht nur ihren Widerklagen der Boden entzogen war, sondern sie jetzt auch befürchten mussten, selbst verurteilt zu werden. Dieses Ergebnis ist schwerlich mit der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zu vereinbaren, der zufolge „eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen einzelnen begründen kann und (...) eine Richtlinienbestimmung daher als solche nicht gegenüber einer derartigen Person in Anspruch genommen werden kann“³⁰⁹ und wonach die Gemeinschaft nur dort mit unmittelbarer Wirkung zu Lasten der Bürger Verpflichtungen anordnen dürfe, wo ihr die Befugnis zum Erlass von Verordnungen oder Entscheidungen zugewiesen ist³¹⁰.

In diesem Zusammenhang weist *Slot* darauf hin, dass die CIA Security ihre Ansprüche lediglich indirekt auf die Richtlinienbestimmungen gestützt habe, um zu verhindern, dass ihr richtlinienwidrige nationale Rechtsvorschriften entgegen gehalten werden. Die Situation sei insofern anders als in *Marshall I* und *Faccini Dori*. So wie es den nationalen Behörden verwehrt sei, den Bestimmungen einer Richtlinie widersprechende nationale Bestimmungen durchzusetzen, so könnten nunmehr auch Privatpersonen ein solches Ergebnis nicht erreichen.³¹¹ Auch *Gundel* zieht eine Parallele zur Rechtsprechung des Gerichtshofes betreffend die vertikale unmittelbare Wirkung zu Lasten des einzelnen. Wenn der private Kläger, der funktional Aufgaben der Durchsetzung öffentlichen Rechts übernehme, sich auf die nationalen technischen Vorschriften berufen könnte, käme dies einer Durchsetzung der staatlichen Regelung "durch die Hintertür" gleich. Dies gelte insbesondere im Hinblick auf die fließenden Grenzen zwischen staatlicher und privater Durchsetzung des nationalen Wettbewerbsrechts.³¹² Die vorgenannten Ausführungen können allerdings nicht die mögliche

³⁰⁸ Schlussanträge vom 24.10.1995 zur Rs. C-194/94, Slg. 1996, I-2201 (2226 ff.)

³⁰⁹ EuGH, Urt. v. 26.2.1986, Rs. 152/84 (*Marshall I*), Slg. 1986, I-723 (Rn. 48)

³¹⁰ EuGH, Urt. v. 14.7.1994, Rs. C-91/92 (*Faccini Dori*), Slg. 1994, I-3325 (3356); Urt. v. 7.3.1996, Rs. C-192/94 (*Corte Inglés*), Slg. 1996, I-1281 (Rn. 17)

³¹¹ *Slot*, Case C-194/94, C.M.L.Rev. 1996, 1035 (1049 f.)

³¹² *Gundel*, Neue Grenzlinien für die Direktwirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien unter Privaten, EuZW 2001, 143 (145)

Inanspruchnahme der mit CIA Security konkurrierenden Sicherheitsunternehmen auf der Grundlage unmittelbar wirksamer Richtlinienbestimmungen erklären.

bb. Die Rechtssache *Lemmens*³¹³

Gegenstand dieser Rechtssache war die Frage, ob nationale technische Vorschriften, die die Bedingungen für die Verwendung von Alkoholmessgeräten bei polizeilichen Kontrollen festlegen, in einem Strafverfahren wegen Trunkenheit am Steuer angewendet werden dürfen, wenn eine Mitteilung dieser Vorschriften an die Kommission unter Verstoß gegen Art. 8 der Richtlinie 83/189/EWG unterblieben ist.

Der Gerichtshof stufte die niederländischen Bestimmungen, um die es im Ausgangsverfahren ging, als technische Vorschriften im Sinne der Richtlinie ein, deren Anwendungsbereich auch in den Bereich des Strafrechts fallende technische Vorschriften umfasse, soweit ein Bezug zur Warenverkehrsfreiheit besteht.³¹⁴ Gleichwohl hat die fehlende Notifizierung einer technischen Vorschrift nach der Auffassung des Gerichtshofes nicht zur Folge, dass der mit einem nach dieser Vorschrift gewonnene Beweis in einem strafrechtlichen Verfahren wegen Trunkenheit am Steuer nicht verwertet werden kann. Die Vorschriften, die auf ein solches Strafverfahren anwendbar sind, seien „andere“ als diejenigen, die dem Bürger wegen der fehlenden Notifizierung nicht entgegen gehalten werden dürfen. Die fehlende Übermittlung der Vorschriften an die Kommission stelle zwar einen Verfahrensfehler mit der Folge ihrer Unanwendbarkeit im Hinblick auf die Verwendung oder den Vertrieb eines mit ihnen nicht konformen Produktes dar. Diese Unterlassung habe jedoch „nicht zur Folge, dass jede Verwendung eines Produkts rechtswidrig ist, das mit den nicht mitgeteilten Vorschriften konform ist“. Zudem könne die behördliche Verwendung nicht zu einer Beschränkung des Handels führen.³¹⁵

Mit seiner Entscheidung hat der Gerichtshof den Anwendungsbereich der Richtlinie 83/189/EWG zutreffend auf solche Fälle beschränkt, in denen ein Verstoß gegen die Richtlinie zu einer Beeinträchtigung des Warenverkehrs führen kann.

³¹³ EuGH, Urt. v. 16.6.1998, Rs. C-226/97, Slg. 1997, I-3711

³¹⁴ EuGH, Urt. v. 16.6.1998, a.a.O. (3732 f.)

³¹⁵ EuGH, Urt. v. 16.6.1998, a.a.O. (3735 f.)

Die Klägerin im Ausgangsverfahren zur Rechtssache *Unilever* hatte der Beklagten auf deren Bestellung hin natives Olivenöl geliefert. Die Beklagte verweigerte die Bezahlung. Sie behauptete zutreffend, dass das Öl nicht gemäß den italienischen Vorschriften über die Angabe des Ursprungs von Olivenöl etikettiert worden sei. Die Klägerin machte die Unanwendbarkeit dieser Vorschriften geltend und stellte vor dem Pretore von Mailand Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides. Italien hatte der Kommission den Gesetzesentwurf, der den Vorschriften zugrunde lag, zwar in Übereinstimmung mit Art. 8 der Richtlinie 83/189/EWG³¹⁷ mitgeteilt, jedoch die in Art. 9 der Richtlinie festgelegten Sperrfristen missachtet. Der Pretore von Mailand setzte das Verfahren aus und ersuchte den Gerichtshof um Vorabentscheidung über die Frage, ob ein nationales Gericht in einer Situation wie der obigen die Anwendung einer nationalen Rechtsvorschrift ablehnen muss.

Der Gerichtshof nahm zunächst auf seine Ausführungen im Urteil *CIA Security International* Bezug und wies dann darauf hin, dass ein Verstoß gegen die sich aus Artikel 9 der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen genauso zu behandeln sei wie die unterlassene Mitteilung nach Artikel 8 der Richtlinie. Er stelle gleichfalls einen wesentlichen Verfahrensfehler dar, der zur Unanwendbarkeit der technischen Vorschriften führen kann.³¹⁸ Der Gerichtshof gelangte zu dem Ergebnis, dass in einem Zivilrechtsstreit zwischen einzelnen über vertragliche Rechte und Pflichten die Unanwendbarkeit von unter Verstoß gegen Artikel 9 der Richtlinie 83/189 erlassenen technischen Vorschriften geltend gemacht werden kann. Nach Auffassung des Gerichtshofes kann die Anwendung solcher technischer Vorschriften die Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigen. Es bestehe „kein Anlass, Rechtsstreitigkeiten zwischen einzelnen auf dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbs, wie es in der Rechtssache *CIA Security International* der Fall war, anders zu behandeln als Rechtsstreitigkeiten, in denen sich, wie im Ausgangsverfahren, einzelne wegen vertraglicher Rechte und Pflichten gegenüber stehen“.³¹⁹ Die Rechtsprechung, wonach eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen einzelner begründen kann, gelte nicht für den Fall der Unanwendbarkeit einer nationalen technischen Vorschrift, die unter Verstoß gegen Artikel 8 oder 9 der Richtlinie 83/189/EWG erlassen worden ist. Denn anders als die Richtlinien, um die es in der vorgenannten Rechtsprechung ginge, lege die Richtlinie 83/189 nicht den materiellen Inhalt

³¹⁶ EuGH, Urt. v. 26.9.2000, Rs. C-443/98, Slg. 2000, I-7535

³¹⁷ in der Fassung der Richtlinie 94/10/EG des EP und des Rates vom 23.3.1994 zur zweiten wesentlichen Änderung der Richtlinie 83/189/EWG (ABl. L 100, 30)

³¹⁸ EuGH, Urt. v. 26.9.2000, a.a.O. (Rn. 37 ff.)

³¹⁹ EuGH, Urt. v. 26.9.2000, a.a.O. (Rn. 49)

der Rechtsnorm fest, auf deren Grundlage das nationale Gericht den bei ihm anhängigen Rechtsstreit zu entscheiden hat. Sie begründe weder Rechte noch Pflichten für einzelne.³²⁰

Mit seiner Entscheidung hat der Gerichtshof die Ablehnung der horizontalen unmittelbaren Wirkung zumindest im Anwendungsbereich der Richtlinie 83/189/EWG insoweit gänzlich aufgegeben, als durch nationale technische Vorschriften, die unter Verletzung des in der Richtlinie 83/189/EWG vorgesehenen Verfahrens erlassen worden sind, keine Einwendungen gegen zivilrechtliche Ansprüche begründet werden können. Der Gerichtshof wich damit von den Schlussanträgen von Generalanwalt *Jacobs*³²¹ ab, der dafür plädiert hatte, einen Verstoß gegen die Verfahrensvorschriften der Richtlinie 83/189/EWG nicht über den Bereich des unlauteren Wettbewerbs hinaus mit der Unanwendbarkeit der betreffenden technischen Vorschrift zu sanktionieren. Nach der Auffassung von Generalanwalt *Jacobs* ist es mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit unvereinbar und würde zu ungerechten Ergebnissen führen, wenn die Nichterfüllung von Verfahrensvorschriften durch einen Mitgliedstaat nachteilige Folgen für einzelne hätte.³²²

dd. Würdigung

Es ist fraglich, welche Bedeutung den Entscheidungen zur Auslegung der Richtlinie 83/189/EWG für die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur unmittelbaren Wirkung zukommt. In der Entscheidung zur Rechtssache *Unilever* hat der Gerichtshof auf seine Ausführungen in der Rechtssache *CIA Security International* verwiesen, in der wiederum ausdrücklich auf die Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung Bezug genommen wird. Andererseits hat der Gerichtshof seine Rechtsprechung zur unmittelbaren horizontalen Wirkung, der zufolge eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einzelne begründen kann, für im Anwendungsbereich der Richtlinie 83/189/EWG unanwendbar erklärt. Dies lässt vermuten, dass der Gerichtshof die Unanwendbarkeit nationaler technischer Vorschriften, die unter Verletzung der Verfahrensvorschriften der Richtlinie 83/189/EWG zustande gekommen sind, als eigenständige Kategorie der unmittelbaren Wirkung betrachtet.

Nach der Auffassung von *Gundel* liegt die Besonderheit der vorgenannten Entscheidungen darin, dass die nationalen Bestimmungen, die unter Missachtung der Richtlinie 83/189/EWG zustande gekommen sind, denjenigen, die sich auf sie berufen, keine Rechte verleihen,

³²⁰ EuGH, Urt. v. 26.9.2000, a.a.O. (Rn. 51)

³²¹ Schlussanträge vom 27.1.2000, Rs. C-443/98, Slg. 2000, I-7535 (7537 ff.)

³²² Schlussanträge vom 27.1.2000, a.a.O. (7559 ff.)

sondern nur eine objektive Regelung treffen bzw. ihnen sogar Pflichten zugunsten Dritter oder der Allgemeinheit auferlegen.³²³ Im Unterschied zu den „klassischen“ Fällen der unmittelbaren Wirkung berufe sich derjenige, dem die unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmung entgegen gehalten wird, nicht auf seine mit der Richtlinie unvereinbaren Rechte aus dem nationalen Recht, sondern auf seine eigenen Pflichten gegenüber dem Staat. Das entscheidende Argument gegen die Anerkennung der horizontalen unmittelbaren Wirkung, die aus ihr resultierende Belastung eines Dritten, greife daher in dieser Fallkonstellation nicht ein. Dem Dritten sei es dabei nicht nur im Bereich des Wettbewerbsrechts, sondern auch im Rahmen vertraglicher Beziehungen zuzumuten, gegenüber dem Staat selbst die Anwendung richtlinienwidriger nationaler Bestimmungen durch Berufung auf die unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmung abzuwehren. Dies soll über den Bereich der Informationsrichtlinie hinaus immer dann gelten, wenn sich nicht gegenläufige Rechte von Privaten gegenüber stehen. Dabei soll es unerheblich sein, ob die Rechtslage bereits durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Wirkung und Auslegung der betreffenden Richtlinie geklärt ist oder nicht.³²⁴ Denn die Ablehnung der horizontalen unmittelbaren Wirkung sei nur dann gerechtfertigt, wenn sich tatsächlich widersprechende Rechte von Privaten aus der Richtlinie einerseits und aus dem nationalen Recht andererseits gegenüberstünden.

Zutreffend ist, dass die Bestimmungen der Richtlinie 83/189/EWG keine materiell-rechtlichen Regelungsvorgaben beinhalten und damit weder Rechte noch Pflichten einzelner begründen. Gleichwohl kann die Nichtanwendung von unter Verstoß gegen die Richtlinie 83/189/EWG zustande gekommenen nationalen technischen Bestimmungen zu der Belastung eines einzelnen führen, wenn er durch die betreffende nationale technische Bestimmung begünstigt wurde. Zweifelhaft ist auch, ob die Erwägungen von *Gundel* auch über den Anwendungsbereich der Informationsrichtlinie hinaus zur Anwendung gelangen können. Dies hätte zur Folge, dass in jedem Einzelfall untersucht werden müsste, ob der Dritte in vertraglichen Beziehungen zugleich ein eigenes Interesse an der Einhaltung der unter Verstoß gegen eine EG-Richtlinie erlassenen nationalen Vorschrift hat, da dann die Berufung auf die Richtlinie ausscheiden würde.³²⁵ Dies erscheint unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit als bedenklich. Auch vermag diese Lösung nicht zu erklären, wieso nationales Recht entgegen dem allgemeinen Verständnis vom Anwendungsvorrang durch gemeinschaftsrechtliche

³²³ Gundel, Neue Grenzlinien für die Direktwirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien unter Privaten, EuZW 2001, 143 (144)

³²⁴ Gundel, a.a.O. (148)

³²⁵ Gundel, a.a.O. (149)

Vorschriften verdrängt wird, die keine inhaltlichen Vorgaben für den betreffenden Sachverhalt bereithalten. Schließlich lässt diese sehr formale Auffassung unberücksichtigt, dass die Reichweite der unmittelbaren Wirkung nur vor dem Hintergrund ermittelt werden kann, welchen Zweck die unmittelbare Wirkung hat. Somit kann das *Unilever*-Urteil nicht dergestalt interpretiert werden, dass das Verbot der horizontalen Wirkung nur noch dort besteht, wo sich widersprechende Rechte Privater gegenüber stehen.

Ein anderer Erklärungsansatz stellt darauf ab, dass der Europäische Gerichtshof dem Verfahrensrecht regelmäßig einen großen Stellenwert und eine eigenständige, vom materiellen Recht unabhängige Funktion einräumt.³²⁶ Demnach würde die Verletzung von an die Mitgliedstaaten gerichteten, hinreichend bestimmten und inhaltlich unbedingten Verfahrensbestimmungen in Richtlinien zur Nichtanwendbarkeit der richtlinienwidrigen nationalen Bestimmungen führen. Die in Art. 8 der Richtlinie 83/189/EWG enthaltene Mitteilungspflicht und die in Art. 9 genannten Sperrfristen erfüllen diese Voraussetzungen, da sie für die Mitgliedstaaten eindeutige Verpflichtungen begründen und nicht mit einem Vorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten versehen sind. Eine derartige verfahrensrechtliche unmittelbare Wirkung kommt aber nur in Betracht, wenn Richtlinien auch insoweit Anwendungsvorrang vor nationalem Recht genießen. Dies wird im Verlauf der weiteren Untersuchung noch zu klären sein.³²⁷ Es bleibt abzuwarten, ob der Gerichtshof die vorgenannte Rechtsprechung auf den Anwendungsbereich der Richtlinie 83/189/EWG beschränkt oder auch auf die Verfahrensbestimmungen anderer Richtlinien ausdehnt.

3. Zusammenfassung

Mehrere Entwicklungen in der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes indizieren, dass der Gerichtshof eine allmähliche Abkehr von seiner Position der uneingeschränkten Ablehnung der horizontalen unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien vollzieht: Zum einen tendiert der Gerichtshof dazu, in multipolaren Rechtsverhältnissen dem *effet utile* des Gemeinschaftsrechts über die Anerkennung der unmittelbaren Wirkung zur Durchsetzung zu verhelfen, auch wenn dies – vermittelt durch die Entscheidung der in die Pflicht genommenen nationalen Behörde – zu einer Belastung von einzelnen führen kann. Zum anderen hat der Gerichtshof im Anwendungsbereich der Richtlinie 83/189/EWG eine

³²⁶ Schoch, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, 457 (459)

³²⁷ zum Verhältnis zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht siehe unter III.1.d.

horizontale unmittelbare Wirkung unter Hinweis auf die Besonderheiten dieser Richtlinie ausdrücklich anerkannt. Für die übrigen Fälle gelten zur Bestimmung der Reichweite der unmittelbaren Wirkung weiterhin die in *Facini Dori* aufgestellten Grundsätze.

Mit der Einschränkung des Grundsatzes, wonach EG-Richtlinien keine unmittelbare horizontale Wirkung entfalten können, gerät jedoch auch das dogmatische Fundament für die Ablehnung der vertikal belastenden unmittelbaren Wirkung ins Wanken.

II. Die Auffassung der nationalen Gerichte und des Schrifttums

Die nationalen Gerichte und das Schrifttum lehnen mit dem Europäischen Gerichtshof eine vertikal belastende unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien, bei der ein einzelner vom säumigen Mitgliedstaat in Anspruch genommen wird, weitgehend ab. Dagegen wird die Frage, inwieweit unmittelbar wirksame Bestimmungen von EG-Richtlinien in Rechtsverhältnissen zwischen Personen des Privatrechts zu beachten sind, kontrovers diskutiert. Insoweit ist der Problembereich der horizontalen unmittelbaren Wirkung von dem der mittelbaren horizontalen Wirkung (bzw. der „Doppelwirkung“) unmittelbar wirksamer Richtlinienbestimmungen zu unterscheiden. Die horizontale unmittelbare Wirkung bezeichnet die unmittelbare Wirkung im Verhältnis zwischen zwei Privatpersonen. Die mittelbare horizontale Wirkung ist die in Mehrpersonenverhältnissen zwischen zwei Privatpersonen und der staatlichen Behörde eines Mitgliedsstaates auftretende unmittelbare Wirkung, bei der sich ein einzelner gegenüber der staatlichen Behörde auf eine für ihn günstige Richtlinienbestimmung berufen kann, durch die jedoch – vermittelt durch das Handeln der Behörde – ein anderer belastet wird.

1. Die vertikal belastende unmittelbare Wirkung

Die vertikale unmittelbare Wirkung zu Lasten des einzelnen wird ganz überwiegend abgelehnt.³²⁸ Zur Begründung wird in der Regel auf die gefestigte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes verwiesen. Zum Teil wird angeführt, dass es dem Bürger nach rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zuzumuten sei, sich laufend über neue Richtlinien zu

³²⁸ Bach, Direkte Wirkungen von EG-Richtlinien, JZ 1990, 1108 (1115); Classen, Zur Bedeutung von EWG-Richtlinien für Privatpersonen, EuZW 1993, 83 (84)

informieren, die möglicherweise Verpflichtungen für ihn begründen. Der Bürger müsse sich darauf verlassen können, dass ihn keine Pflichten treffen, über die er nicht informiert ist.³²⁹

Demgegenüber wird vereinzelt aus dem Erfordernis der gemeinschaftseinheitlichen Anwendung von Richtlinien, das sich aus dem vom Gerichtshof als allgemeinem Rechtsgrundsatz anerkannten Gleichheitssatz ableite, gefolgert, dass der Staat als Anspruchsgläubiger dem Bürger als Anspruchsschuldner auch unmittelbare Belastungen auferlegen können müsse.³³⁰

2. Die horizontale unmittelbare Wirkung

a. Gegen eine horizontale unmittelbare Wirkung vorgebrachte Argumente

Ein Argument gegen die Anerkennung der unmittelbaren horizontalen Wirkung basiert auf dem Erfordernis der Abgrenzung der Richtlinie von der Verordnung, die nicht vollends unterlaufen werden dürfe.³³¹ Nach Wortlaut und Struktur des EG-Vertrages könnten nur Verordnungen im Rahmen ihrer primärrechtlichen Ermächtigungsgrundlage unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten beanspruchen. Käme auch Richtlinien unmittelbare Geltung in den einzelnen Mitgliedstaaten zu, wäre die Souveränität der Mitgliedstaaten verletzt.³³² Komplementär zur Argumentation des Gerichtshofes, der aus dem Blickwinkel des Gemeinschaftsrechts heraus eine Ausdehnung seiner Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung auf horizontale Rechtsverhältnisse mangels einer insoweit bestehenden Gemeinschaftskompetenz grundsätzlich³³³ ablehnt,³³⁴ wird damit auf die nationalstaatliche Perspektive abgestellt.

Ein anderes Argument, das gegen eine horizontale unmittelbare Wirkung vorgebracht wird, stellt darauf ab, dass vor Inkrafttreten des Maastricht-Vertrages keine Veröffentlichungspflicht für Richtlinien bestand. Aus rechtsstaatlichen Gründen könnten aus

³²⁹ Zuleeg, Die Rechtswirkungen europäischer Richtlinien, ZGR 1980, 466 (474)

³³⁰ Grabitz in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 189 (Rn. 61 b)

³³¹ Jarass, Folgen der innerstaatlichen Wirkung von EG-Richtlinien, NJW 1991, 2665 (2666); Rengeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der EU, Rn. 907

³³² Herber, Keine unmittelbare Wirkung horizontaler Richtlinien, ZEuP 1996, 121 (122)

³³³ zu den Ausnahmen siehe unter I.2.

³³⁴ dieser Auffassung folgend: Epiney, Unmittelbare Anwendbarkeit und objektive Wirkung von Richtlinien, DVBl. 1996, 409 (413); Haneklaus, Direktwirkung von EG-Richtlinien zu Lasten einzelner?, DVBl. 1993, 129 (133); Timmermans, Directives: Their effect within the national legal systems, C.M.L.Rev. 1979, 533 (542)

nichtveröffentlichten Normen keine Belastungen einzelner resultieren.³³⁵ Seit Inkrafttreten des Vertrages von Maastricht am 1.11.1993 ist nach Art. 254 EG für EG-Richtlinien, die nach dem Mitentscheidungsverfahren zustande gekommen oder an alle Mitgliedstaaten gerichtet sind, nunmehr eine Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften zwingend vorgesehen, so dass dieses Argument weitgehend an Bedeutung verloren hat.

Schließlich wird darauf hingewiesen, dass es mit dem Grundsatz der Rechtsicherheit nur schwer vereinbar wäre, den Gemeinschaftsbürgern Verpflichtungen mit vagem und unbestimmtem Inhalt aufzuerlegen. Die oftmals schwierige Beurteilung, wann eine unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmung und wann nationales Recht auf einen bestimmten Sachverhalt anwendbar ist, könne Privatpersonen nicht zugemutet werden.³³⁶

Auch der Grundsatz des Vertrauensschutzes wird gegen die Anerkennung der horizontalen unmittelbaren Wirkung angeführt: Der Gemeinschaftsbürger könne auf die ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie durch den Mitgliedstaat vertrauen und müsse bis zum Erlass des mitgliedstaatlichen Umsetzungsaktes daher nicht mit Belastungen rechnen, die allein aus der Richtlinie resultieren³³⁷.

b. Argumente der Befürworter einer horizontalen unmittelbaren Wirkung

Die Befürworter der horizontalen unmittelbaren Wirkung bezweifeln die Stichhaltigkeit dieser Argumente.

Entgegen der Auffassung des EuGH lasse sich Art. 249 Abs. 3 EG nicht entnehmen, dass die Richtlinie nur von Mitgliedstaaten und nicht von Einzelpersonen zwingend zu beachten ist. Der Wortlaut der Vorschrift „ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, [...] verbindlich“, beziehe sich auf die Unterscheidung zwischen den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und nicht auf die Unterscheidung zwischen dem Mitgliedstaat und dem Gemeinschaftsbürger.³³⁸

³³⁵ Everling, Zur direkten innerstaatlichen Wirkung der EG-Richtlinien, FS Carstens, 95 (108 f.); Klein, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von europäischem Gemeinschaftsrecht, 25; Scherzberg, Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, Jura 1993, 225 (227 f.)

³³⁶ Scherzberg, Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, Jura 1993, 225 (228); Zuleeg, Die Rechtswirkungen europäischer Richtlinien, ZGR 1980, 465 (474)

³³⁷ Langenfeld, Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien, DÖV 1992, 955 (959); Rengeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der EU, Rn. 907

³³⁸ Craig, Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation, E.L.Rev. 1997, 519 (520 f.)

In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes auch unmittelbar anwendbare Normen des primären Gemeinschaftsrechts, die ihrem Wortlaut nach nur an die Mitgliedstaaten adressiert sind, in privaten Rechtsverhältnissen heranzuziehen sein können. Dasselbe müsse für Richtlinien gelten. Die Tatsache, dass nur die Mitgliedstaaten Adressaten einer unmittelbaren Richtlinienbestimmung sind, stünde ihrer unmittelbaren horizontalen Wirkung damit nicht entgegen.³³⁹

Gegen das Argument, dass durch eine Anerkennung der horizontalen unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien die Mitgliedstaaten in ihrer Souveränität verletzt bzw. die Gemeinschaftszuständigkeit überschritten würde, wird vorgebracht, dass man dann konsequenterweise auch die mittlerweile allgemein anerkannte vertikale unmittelbare Wirkung zugunsten des einzelnen ablehnen müsste.³⁴⁰ Zwar sei eine derartige Ungleichbehandlung nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes durch den *estoppel*-Gedanken gerechtfertigt. Dieser Gedanke greife aber umso weniger, je weiter der EuGH den Begriff des Staates als Adressaten der unmittelbaren Wirkung fasse und damit die Reichweite der vertikalen unmittelbaren Wirkung von einer Verantwortung für die versäumte Umsetzung entkopple.³⁴¹

Auch die Wesensverschiedenheit von Richtlinien und Verordnungen wird als Argument gegen eine Anerkennung der horizontalen unmittelbaren Wirkung abgelehnt. So wird auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu detaillierten Richtlinien³⁴² hingewiesen und eingewendet, dass in der gemeinschaftsrechtlichen Praxis in inhaltlicher Hinsicht kaum noch ein klarer Unterschied zwischen Richtlinien und Verordnungen erkennbar sei. Da die Bezeichnung eines Rechtsaktes nicht ausschlaggebend für seine Klassifizierung sei, könne in Fällen, in denen die primärrechtliche Rechtsgrundlage einer Richtlinie auch den Erlass von Verordnungen vorsieht, nicht ausgeschlossen werden, dass ein formal als Richtlinie bezeichneter Rechtsakt tatsächlich eine Verordnung ist und daher auch wie eine solche wirkt.³⁴³

³³⁹ Nicolaysen, Richtlinienwirkung und Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zum Beruf, EuR 1984, 380 (386 f.)

³⁴⁰ Craig, a.a.O. (522 f.); Mastroianni, On the Distinction Between Vertical and Horizontal Direct Effects of Community Directives: What Role for the Principle of Equality?, European Public Law, Vol. 5 (1999), 417 (424); Winter, On the Effectiveness of the EC Administration, C.M.L.Rev. 1996, 689 (Fn. 35)

³⁴¹ Craig, a.a.O. (522 f.)

³⁴² dazu siehe § 4 B.II.1.

³⁴³ Mastroianni, a.a.O. (424 ff.);

Die Veröffentlichung von Richtlinien sei vor Inkrafttreten des Maastricht-Vertrages bereits gängige Praxis gewesen.³⁴⁴ Soweit das Argument der fehlenden Veröffentlichung noch von Bedeutung sei (vgl. Art. 254 Abs. 3 EG), könne man die insoweit bestehenden rechtsstaatlichen Bedenken dadurch ausräumen, dass man die tatsächlich erfolgte Veröffentlichung als Voraussetzung für eine horizontale unmittelbare Wirkung ansieht.³⁴⁵

Auf die hinsichtlich der Rechtssicherheit geäußerten Bedenken wird entgegnet, dass die Bürger schon aufgrund der normstrukturellen Voraussetzungen, denen unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen genügen müssen, nicht mit vagen oder unbestimmten Regelungen konfrontiert würden. Zudem sei nicht ersichtlich, warum gegen die horizontale unmittelbare Wirkung von Richtlinien derartige Vorbehalte bestünden, wenn die horizontale unmittelbare Anwendbarkeit primärer Vertragsbestimmungen nicht angezweifelt würde. Die aus dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts resultierende klare Rangordnung zwischen der unmittelbar wirksamen Richtlinienbestimmung und der richtlinienwidrigen nationalen Bestimmung verursache im Hinblick auf die Rechtssicherheit weitaus weniger Probleme als dies bei der richtlinienkonformen Auslegung der Fall sei.³⁴⁶

Das auf dem Grundsatz des Vertrauensschutzes bzw. von Treu und Glauben basierende Argument gegen die horizontale unmittelbare Wirkung sei im Rechtsverhältnis zwischen Mitgliedstaat und Gemeinschaftsbürger nicht geeignet, die fehlende horizontale unmittelbare Wirkung von Richtlinien zu erklären. Denn es sei sachgerechter, den Verstoß gegen Treu und Glauben dort anzunehmen, wo der Verstoß geschieht, nämlich im Umsetzungsverhältnis zwischen der Gemeinschaft und dem Mitgliedstaat, und dem säumigen Mitgliedstaat als Sanktion die Berufung auf sein richtlinienwidriges Recht gänzlich zu verwehren (unmittelbare Wirkung „rundum“).³⁴⁷ Insoweit sei die Rechtsprechung des Gerichtshofes inkonsequent, da der Gerichtshof die Unterscheidung zwischen dem Umsetzungsverhältnis zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaat einerseits und dem Vollzugsverhältnis zwischen Mitgliedstaat und dem einzelnen andererseits, die seiner Rechtsprechung zur vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung zugrunde liege, nicht auch auf horizontale Rechtsverhältnisse übertrage.³⁴⁸

³⁴⁴ GA Jacobs, Schlussanträge vom 3.3.1994, Rs. C-316/93 (Vaneetveld), Slg. 1994, I-763 (Ziff. 121)

³⁴⁵ Craig, a.a.O. (521 f.)

³⁴⁶ Craig, a.a.O. (523 f.); auch Winter, Direktwirkung von EG-Richtlinien, DVBl. 1991, 657 (665) kritisiert die „unterschiedliche(n) Behandlung von Primär- und Sekundärrecht trotz Parallelität der Ausgangsbedingungen“

³⁴⁷ Winter, Direktwirkung von EG-Richtlinien, DVBl. 1991, 657 (666)

³⁴⁸ Winter, a.a.O. (665)

Durch die Ablehnung der horizontalen unmittelbaren Wirkung wäre zudem die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten gefährdet.³⁴⁹ Doch auch innerhalb der Mitgliedstaaten träten aufgrund der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Adressaten der unmittelbaren Wirkung mit ihrer extensiven Interpretation des Staatsbegriffes Diskriminierungen auf, die gegen den Gleichheitsgrundsatz verstießen.³⁵⁰ Schließlich wird darauf hingewiesen, dass das Prinzip des *effet utile* eine Anerkennung der horizontalen unmittelbaren Wirkung gebiete.³⁵¹

Auch rechtspolitische Argumente werden für eine horizontale unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien angeführt: Durch eine Ablehnung der unmittelbaren Wirkung, soweit sie zur unmittelbaren Verpflichtung des einzelnen führt, würden nicht lediglich die Bewohner des säumigen Mitgliedstaates gegenüber Privatpersonen in anderen Mitgliedstaaten ungerechtfertigt bevorteilt.³⁵² Darüber hinaus würde auch die einheitliche Rechtsanwendung des Gemeinschaftsrechts gefährdet und – aufgrund der extensiven Auslegung des Staatsbegriffes durch den Europäischen Gerichtshof – Angestellte von privaten Unternehmen gegenüber Mitarbeitern öffentlicher Unternehmen, die sich auf für sie günstige Richtlinienbestimmungen berufen können, diskriminiert.³⁵³

c. Differenzierende Auffassungen

Eine differenzierende Auffassung bestimmt die Reichweite der unmittelbaren Wirkung, indem sie die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien und die unmittelbare Anwendbarkeit von primärem Gemeinschaftsrecht als einheitliches Konzept des Gemeinschaftsrechts betrachtet. Danach soll es unerheblich sein, ob die betreffende Norm dem primären oder sekundären Gemeinschaftsrecht angehört. Ausschlaggebend sei vielmehr, dass die betreffende Bestimmung die normstrukturellen Eigenschaften besitzt, um unmittelbar zur Anwendung gelangen zu können. Allerdings räumt diese Auffassung auch Bedenken gegen eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien ein. Insbesondere der Grundsatz des Vertrauensschutzes als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips könne gegen eine horizontale unmittelbare Wirkung sprechen. Auf der anderen Seite könne der Grundsatz des Vertrauensschutzes neben dem *effet utile* des Gemeinschaftsrechts aber auch für die

³⁴⁹ Mastroianni, a.a.O. (427)

³⁵⁰ Mastroianni, a.a.O. (432 f.)

³⁵¹ Seidel, Die Direkt- oder Drittwirkung von Richtlinien des Gemeinschaftsrechts, NJW 1985, 517 (520 ff.)

³⁵² Winter: On the Effectiveness of the EC Administration, C.M.L.Rev. 1996, 689 (Fn. 35)

³⁵³ Grabitz in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 189 (Rn. 61 b)

horizontale unmittelbare Wirkung sprechen. Daher sei jeweils anhand einer Einzelfallprüfung zu untersuchen, ob einer Richtlinienbestimmung horizontale unmittelbare Wirkung zuerkannt werden kann oder nicht. Dabei bestehe angesichts der Tatsache, dass die unmittelbare Anwendbarkeit von Primärrecht keinerlei Beschränkungen unterliege und eine abweichende Behandlung von Richtlinien paradox erscheine, eine Vermutung für die Durchsetzung des *effet utile* gegenüber entgegenstehenden Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes.³⁵⁴

Nach einer anderen Auffassung ist die horizontale unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nur insoweit ausgeschlossen, als durch sie in der Richtlinie vorgesehene Verpflichtungen für den einzelnen aktiviert würden. Der Begriff der „Verpflichtung“ umfasse dabei jedenfalls solche Vorschriften, die die Handlungsspielräume einzelner einengen, indem sie ihnen bestimmte Handlungen oder Unterlassungen vorschreiben oder untersagen. Dagegen sei der Verlust eines richtlinienwidrig eingeräumten Rechts nicht als Verpflichtung i.S.d. Rechtsprechung des EuGH anzusehen und somit zulässig.³⁵⁵ Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt eine andere Auffassung, wonach sich für eine unmittelbare Wirkung nur Richtlinienvorschriften eignen, die ein an den Staat gerichtetes Gebot oder Verbot enthalten, nicht jedoch Rechtssätze, deren Ge- und Verbote ausschließlich an Private gerichtet sein können.³⁵⁶

3. Mittelbare horizontale Wirkung von Richtlinienbestimmungen in multipolaren Rechtsverhältnissen?

Das Spannungsverhältnis zwischen der aus der Anerkennung der unmittelbaren Wirkung in multipolaren Rechtsverhältnissen resultierenden mittelbaren horizontalen Wirkung von EG-Richtlinien und der Ablehnung ihrer horizontalen unmittelbaren Wirkung wird auch im Schrifttum problematisiert.

a. Gegner der mittelbaren horizontalen Wirkung

Eine Auffassung lehnt eine mittelbare horizontale Wirkung grundsätzlich ab.

³⁵⁴ Dendrinos, Rechtsprobleme der Direktwirkung von Richtlinien, 203 ff.

³⁵⁵ Eilmansberger, Zur Direktwirkung von Richtlinien gegenüber Privaten (1. Teil), JbI 2004, 283 (293 ff.)

³⁵⁶ Herrmann, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 78 ff.

Dabei wird zum Teil aus der Perspektive des deutschen Grundgesetzes die Ansicht vertreten, dass die den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts beschränkenden Grundsätze vom Vorbehalt und vom Vorrang des Gesetzes einer unmittelbaren Wirkung in multipolaren Rechtsverhältnissen grundsätzlich entgegenstünden. Der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes sei ein zentrales Rechtsprinzip des Grundrechtsteils des Grundgesetzes, der unabhängig davon, ob er dem Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG unterliege, einem Anwendungsvorrang unmittelbar wirksamer Richtlinienbestimmungen entgegenstünde, so dass auch mittelbare Belastungen Dritter ausschieden. Jedenfalls der Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes falle als Element des Art. 20 Abs. 3 GG unter die Integrationssperre des Art. 79 Abs. 3 GG. Auch ginge letztlich der legitimierende Gedanke der unmittelbaren Wirkung – das *estoppel*-Prinzip – verloren, wenn der säumige Mitgliedstaat unter Überwindung aller Gesetzmäßigkeitsanforderungen in die Rechtssphäre Dritter eingreifen könnte, ohne die entsprechenden Befugnisse gesetzlich festgelegt zu haben. Dagegen stünden diese Grundsätze nicht der Verdrängung von Verwaltungsvorschriften durch unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen entgegen, da diesen keine Rechtsqualität zukomme.³⁵⁷

Schließlich wird die mittelbare horizontale Wirkung von Richtlinien auch unter Hinweis auf ihre fehlende allgemeine Geltung abgelehnt.³⁵⁸ Eine Ausnahme soll nur im Fall der vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung bestehen. Aufgrund ihres Ausnahmecharakters komme die unmittelbare Wirkung von vornherein nicht in Betracht, wenn sie mit dem Grundsatz, wonach einzelne nicht unmittelbar aus einer Richtlinie verpflichtet werden dürfen, in Kollision gerate.³⁵⁹

b. Befürworter der mittelbaren horizontalen Wirkung

Die Gegenansicht befürwortet die uneingeschränkte Anerkennung der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien in multipolaren Rechtsverhältnissen.

Da sich die durch die Richtlinie begünstigte Person nicht gegenüber einer Privatperson, sondern gegenüber der Verwaltung auf die unmittelbare Wirkung berufe, stelle die mittelbare Belastung eines Dritten einen bloßen Reflex dar, durch den die unmittelbare Wirkung nicht

³⁵⁷ Papier, Direkte Wirkungen von Richtlinien der EG im Umwelt- und Technikrecht, DVBl. 1993, 809 (812 f.)

³⁵⁸ Leonard, Die Rechtsfolgen der Nichtumsetzung von EG-Richtlinien unter besonderer Berücksichtigung der Staatshaftungs- sowie der Normerlassklage, 87 ff.; vgl. dazu unter III.1.c.

³⁵⁹ Haneklaus, Direktwirkung von EG-Richtlinien zu Lasten einzelner?, DVBl. 1993, 129 (133 f.)

ausgeschlossen werden könne.³⁶⁰ Es bestünde kein Anlass, dem Marktbürger die Möglichkeit zu eröffnen, sich gegenüber dem Begünstigten auf die Säumnis des Mitgliedstaates zu berufen und so von ihr zu profitieren.³⁶¹ Zum Teil wird auch auf die geringere Schutzwürdigkeit des Belasteten, der bei ordnungsgemäßer Richtlinienumsetzung durch den Mitgliedstaat ohnehin den Rechtsnachteil erlitten hätte, abgestellt.³⁶² Ausgehend von der Befürwortung der objektiven unmittelbaren Wirkung wird argumentiert, dass das *estoppel*-Prinzip als Schranke der unmittelbaren Wirkung in multipolaren Rechtsverhältnissen nicht greife, da es um die Erfüllung einer staatlichen Pflicht gehe, so dass der Staat keinen Nutzen aus der Nichtbeachtung seiner gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen ziehen könne. Der einzelne werde dadurch, dass der Staat seine gemeinschaftsrechtlichen Pflichten erfüllt, lediglich mittelbar belastet, was im Hinblick auf den gemeinschaftsrechtlichen *effet utile* hinzunehmen sei.³⁶³ Auch in diesem Zusammenhang werden rechtspolitische Argumente wie die aus einer Ausweitung des Individualrechtsschutzes resultierende Stärkung des Umweltschutzes³⁶⁴ und die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen³⁶⁵ für die mittelbare horizontale Wirkung angeführt.

Als weiteres Argument für eine mittelbare horizontale Wirkung von EG-Richtlinien wird angeführt, dass die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien nach der Rechtsprechung des EuGH nur ausscheide, sofern durch sie Verpflichtungen, die die Richtlinie für Privatpersonen vorsieht, wirksam würden. In Fällen, in denen die betreffende Richtlinienvorschrift ausschließlich staatliches Verhalten regelt, sei der Eintritt einer Verpflichtung für den einzelnen grundsätzlich ausgeschlossen. Bloße Nachteile für den einzelnen, die sich daraus ergeben, dass die staatengerichteten Richtlinienpflichten durch einen anderen durchgesetzt werden, seien grundsätzlich unbeachtlich. Eine Durchsetzung der staatengerichteten Richtlinienverpflichtung gegenüber einem anderen Gemeinschaftsbürger sei jedoch ausgeschlossen, wenn diese auf die Festlegung einer in der Richtlinie vorgesehenen Verpflichtung für einzelne gerichtet sei (z.B. bei der Festlegung von Umweltstandards).³⁶⁶

³⁶⁰ Callies, Zur unmittelbaren Wirkung der EG-Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung und ihrer Umsetzung im deutschen Immissionsschutzrecht, NVwZ 1996, 339 (341); Hölscheidt, Abschied vom subjektiv-öffentlichen Recht?, EuR 2001, 376 (389); in diesem Sinne wohl auch Langenfeld, Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien, DÖV 1992, 955 (960 f.)

³⁶¹ Epiney, Unmittelbare Anwendbarkeit und objektive Wirkung von Richtlinien, DVBl. 1996, 409 (413); Weber/Hellmann, Das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP-Gesetz), NJW 1990, 1625

³⁶² Rengeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der EU, Rn. 908

³⁶³ Epiney, a.a.O. (413); Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, 91

³⁶⁴ Langenfeld, Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien, DÖV 1992, 955 (961); Middeke, Nationaler Umweltschutz im Binnenmarkt, 58 f.

³⁶⁵ Sacksofsky, Europarechtliche Antworten auf Defizite bei der Umsetzung von Richtlinien, 102

³⁶⁶ Eilmansberger, Zur Direktwirkung von Richtlinien gegenüber Privaten (2. Teil), JbI 2004, 364 (365 ff.)

c. Differenzierende Auffassungen

Einer vermittelnden Ansicht zufolge stellt der Vorbehalt des Gesetzes als Ausprägung des Gesetzmäßigkeitsprinzips und allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts ebenfalls eine Schranke für die Reichweite der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien dar. Im Hinblick auf die Zulässigkeit der mittelbaren horizontalen Wirkung sei allerdings zu differenzieren: In Fällen, in denen einem Bürger durch die Richtlinie ein Anspruch gegen den Staat auf den Erlass von Maßnahmen mit drittbelastender Wirkung eingeräumt wird, könne die unmittelbare Wirkung aufgrund des Gesetzesvorbehalts nicht durchgreifen, da die unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmung keine Eingriffsermächtigung sei. Anders sei der Fall in Rechtsverhältnissen zwischen Privaten zu beurteilen, auf die der Staat zugunsten eines der Beteiligten Einfluss genommen, dadurch jedoch zugleich gegen Bestimmungen einer Richtlinie verstoßen hat.³⁶⁷ Hier soll die Richtlinie ausnahmsweise Rechtsgrundlage für den Entzug der vorteilhaften Rechtsposition des Dritten sein können, deren Einräumung selbst schon gegen eine unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmung verstoßen habe. Die unmittelbare Wirkung scheide aber dann aus, wenn die gewährte Rechtsposition grundrechtlich geschützt ist oder der Dritte auf ihren Bestand vertrauen durfte. In Fallkonstellationen, in denen allein der Staat Adressat oder Verpflichteter der Richtlinie sei, ohne dass die Rechte einzelner tangiert seien, bestünden hingegen mangels Eingriffs in die Rechtsposition eines Bürgers auf der Grundlage des Vorbehalts des Gesetzes keine Bedenken gegen die unmittelbare Wirkung.³⁶⁸

Nach einer anderen Ansicht scheitert die Anerkennung der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien in multipolaren Rechtsverhältnissen nicht am Vorbehalt des Gesetzes. Insoweit wird auf das gemeinschaftsrechtliche Gesetzgebungsverfahren hingewiesen, das beim Erlass von Richtlinien zur Anwendung gelangt. Auch die Rechtssicherheit sei insofern gewährleistet, als nicht der Private unmittelbarer Adressat von Handlungspflichten sei, sondern die nationale Behörde. Allein dieser obliege die schwierige Beurteilung über die aus der Richtlinie für sie resultierenden Pflichten. Das *estoppel*-Prinzip greife in multipolaren Rechtsverhältnissen nicht, da nur der Staat selbst zu einem bestimmten Handeln verpflichtet würde. Es sei ferner nicht ersichtlich, warum der benachteiligte Dritte aus der Säumnis des Mitgliedstaates einen Vorteil ziehen können sollte. Etwas anderes gelte nur insoweit, als dem einzelnen durch die Richtlinie unmittelbare Verpflichtungen – insbesondere solche strafrechtlicher Natur, die

³⁶⁷ Als Beispiel wird hier die Rechtssache *Panagis Pafitis* genannt.

³⁶⁸ Royla/Lackhoff, Die innerstaatliche Beachtlichkeit von EG-Richtlinien und das Gesetzmäßigkeitsprinzip, DVBl. 1998, 1116 (1118 ff.)

aufgrund des Bestimmtheitsgebotes strengen Anforderungen unterlägen – auferlegt würden. Somit sei in multipolaren Rechtsverhältnissen die unmittelbare Wirkung von Richtlinien bis an die Grenze der unmittelbaren, insbesondere strafrechtlichen Verpflichtung des einzelnen zu befürworten. Die Einschränkungen der unmittelbaren Wirkung müssten im Hinblick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes in multipolaren Rechtsverhältnissen eng ausgelegt werden, so dass die Nichtanwendung nationaler Normen, die einer begünstigenden Richtlinienbestimmung widersprechen, geboten sei.³⁶⁹

Nach einer weiteren Auffassung genügen unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen den durch den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes gestellten Anforderungen nicht. Die zwingende Beachtung dieses Grundsatzes auch für Normen des Gemeinschaftsrechts liefe jedoch auf das Postulat einer strukturellen Kongruenz der Grundentscheidungen der bundesdeutschen Verfassung mit denen der Gemeinschaft hinaus und sei daher abzulehnen. Denn wenngleich der Gesetzesvorbehalt über das aus Art. 20 Abs. 3 GG resultierende Rechtsstaatsprinzip in der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG verankert sei, die als Integrationsschranke der Pflicht zur Beachtung europäischer Rechtsnormen Grenzen setze, müsse er, da seine Ausgestaltung maßgeblich durch Eigenarten der deutschen Verfassungsgeschichte geprägt sei, dem Bereich der „tolerablen Abschwächung des Rechtsstaatsprinzips“ zugeordnet werden.³⁷⁰ Diese Auffassung verkennt jedoch, dass der Europäische Gerichtshof seit seiner Entscheidung in der Rechtssache *Hoechst*³⁷¹ den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes ausdrücklich als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkennt. In anderen Entscheidungen hat der Europäische Gerichtshof ausdrücklich festgestellt, dass dieser Grundsatz jegliche Sanktionen gegen Gemeinschaftsbürger ausschließt, sofern diese nicht auf einer klaren und eindeutigen Rechtsgrundlage beruhen.³⁷²

Der Grundsatz der Rechtssicherheit wirft nach der vorgenannten Auffassung aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht keine Probleme auf, da der Widerspruch zwischen dem nationalen Recht und den zu beachtenden Vorgaben der Richtlinie durch einen Rückgriff auf das *estoppel*-Prinzip aufgelöst werde und nur inhaltlich hinreichend bestimmte Vorschriften der unmittelbaren Wirkung fähig seien.³⁷³ Auch der Grundsatz des Vertrauensschutzes stehe

³⁶⁹ Kühling/Röckinghausen, Legislative Umsetzungsdefizite und exekutive Schadensbegrenzung, DVBl. 1999, 1614 (1617 ff.)

³⁷⁰ Gellermann, Beeinflussung, 183 ff.

³⁷¹ EuGH, Urt. v. 21.9.1989, Verb. Rs. 46/87 und 227/88, Slg. 1989, I-2859 (Rn. 19)

³⁷² EuGH, Urt. v. 25.9.1984, Rs. 117/83 (Könecke), Slg. 1984, I-3291 (Rn. 11); Urt. v. 12.12.1990, Rs. C-172/89 (Vandemoortele), I-4677 (Rn. 9)

³⁷³ Gellermann, Beeinflussung, 179 f.

insoweit einer mittelbaren Belastung Dritter prinzipiell nicht entgegen, da der einzelne nur bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist darauf vertrauen könne, dass ihm aus einer Richtlinie resultierende Belastungen ausschließlich vermittelt durch die nationale Umsetzungsmaßnahme entgegen gehalten werden. Etwas anderes gelte nur, wenn der Mitgliedstaat die Richtlinie zwar fehlerhaft umgesetzt hat, der Mangel der Umsetzung aber selbst einem besonnenen und umsichtigen Wirtschaftsteilnehmer nicht ohne weiteres erkennbar ist. In diesem Fall müsse ausnahmsweise das Vertrauen des Betroffenen gegenüber den Gesichtspunkten, die für eine Durchsetzung der unmittelbar wirksamen Richtlinienbestimmung sprechen, im Wege einer Einzelfallentscheidung abgewogen werden.³⁷⁴

Einem anderen Lösungsansatz zufolge ist durch eine Abwägung der beeinträchtigten Interessen im Einzelfall zu klären, ob einer Richtlinienbestimmung (mittelbare oder unmittelbare) horizontale Wirkung zukommen soll. Die horizontale Wirkung soll dann zu bejahen sein, wenn es der betroffenen Partei zumutbar war, sich vom Inhalt der Richtlinie Kenntnis zu verschaffen. Im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz erscheinen jedoch Bestrebungen dieser Auffassung, pauschal zwischen verschiedenen Kategorien ökonomischer Operatoren – aktiven Teilnehmern am Wirtschaftsleben und multinationalen Unternehmen einerseits und „Normalbürgern“ andererseits – zu differenzieren und diese etwa durch eine unterschiedliche Beweislastverteilung ungleich zu behandeln, bedenklich.³⁷⁵

Nach einer weiteren Auffassung liegt dem Problem der mittelbaren horizontalen Wirkung ein Spannungsverhältnis zwischen dem Prinzip des *effet utile* und dem *estoppel*-Prinzip zugrunde, das durch eine Kompromissformel aufzulösen sei: Die mittelbare Belastung Dritter sei nur hinsichtlich solcher Richtlinien zulässig, zu deren Umsetzung zwingend subjektive Rechte geschaffen werden müssten.³⁷⁶

Schließlich wird zwischen zwei Gruppen unterschieden: Drittbelastende Richtlinienbestimmungen, die demjenigen, der sich auf sie beruft, eine vorteilhafte Rechtsposition einräumen, einen Dritten jedoch mittelbar belasten, sollen stets zulässig sein, da ansonsten der Staat in Widerspruch zum Gedanken des *estoppel*-Prinzips dem Begünstigten seine eigene Säumnis entgegen halten könnte. Bei drittbegünstigenden Richtlinien, durch die die vom Schutzbereich der jeweiligen Richtlinienbestimmung umfasste Person belastet, ein Dritter jedoch begünstigt werde, solle sich die unmittelbare Wirkung nur

³⁷⁴ Gellermann, Beeinflussung, 180 ff.

³⁷⁵ Lackhoff/Nyssens, Direct Effect of Directives in Triangular Situations, E.L.Rev. 1998, 397 (409 f.); Mastroianni, a.a.O. (428 f.)

³⁷⁶ Ruffert in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, Art. 249 (Rn. 86)

durchsetzen, wenn die Bestimmung dem Dritten ein „Recht auf Schutz im weiteren Sinne“ einräumt.³⁷⁷

d. Würdigung

Die Diskussion um die Reichweite der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien richtet sich an drei Argumentationssträngen aus:

Ein Ansatz ist, die Reichweite der unmittelbaren Wirkung anhand ihrer gemeinschaftsrechtlichen Grundlage zu bestimmen. Anders als der Europäische Gerichtshof, der in seiner Rechtsprechung eine ganze Reihe von Argumenten entwickelt hat, um die Annahme einer unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien zu rechtfertigen, und diese mehr oder weniger kumulativ verwendet, wird dabei meist ein Argument als Grundlage der unmittelbaren Wirkung herangezogen und von anderen Erwägungen abgegrenzt. Daher ist zur Bestimmung der Reichweite der unmittelbaren Wirkung eine Auseinandersetzung mit ihrer gemeinschaftsrechtlichen Grundlage unumgänglich. Es ist allerdings zweifelhaft, ob sich allein durch die Bestimmung der zutreffenden gemeinschaftsrechtlichen Grundlage(n) der unmittelbaren Wirkung zugleich auch abschließende Aussagen über ihre Reichweite treffen lassen.

Ein zweiter Ansatz versucht, die Frage nach der Reichweite der unmittelbaren Wirkung, deren Anerkennung regelmäßig mit Eingriffen in die Rechtssphäre eines ihrer Adressaten verbunden ist, unter Rückgriff auf Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips wie dem Prinzip des Vertrauensschutzes, dem Grundsatz der Rechtssicherheit sowie den Grundsätzen vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes zu beantworten. Dabei wird aber oft dem Umstand, dass diese Prinzipien sowohl auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts als auch auf der Ebene des nationalen Verfassungsrechts – wenn auch in unterschiedlichen Ausprägungen – Geltung beanspruchen und für die Reichweite der mittelbaren horizontalen Wirkung von Bedeutung sein können, nicht hinreichend Rechnung getragen. Daher wird im Rahmen einer eigenen Lösung versucht, die Grenzen der unmittelbaren Wirkung anhand obiger Grundsätze zu untersuchen, wobei auf eine strikte Trennung zwischen der Ebene des primären Gemeinschaftsrechts und der Ebene des nationalen Verfassungsrechts geachtet werden soll. Da nationales Verfassungsrecht nur dann für die Reichweite von Sekundärrecht der Gemeinschaft von Bedeutung sein kann, wenn es als sein Prüfungsmaßstab in Betracht

³⁷⁷ Jarass, Folgen der innerstaatlichen Wirkung von EG-Richtlinien, NJW 1991, 2665 (2667 f.)

kommt, ist in diesem Zusammenhang auch auf das Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten einzugehen.

Der dritte Ansatz liegt darin, die betroffenen Interessen der durch die Anerkennung der mittelbaren horizontalen Wirkung beteiligten Marktbürger zu gewichten und gegeneinander abzuwägen. Soweit diesbezüglich nicht auf eine Einzelfallprüfung verwiesen wird, erkennen die Befürworter einer objektiven unmittelbaren Wirkung dabei tendenziell auch die mittelbare objektive Wirkung zumindest im Grundsatz an.

III. Eigene Auffassung

Zur Bestimmung der Reichweite der horizontalen Wirkung von EG-Richtlinien ist es zunächst erforderlich, die zutreffende gemeinschaftsrechtliche Grundlage der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien zu ermitteln. Anschließend ist zu prüfen, ob die horizontale Wirkung von EG-Richtlinien durch höherrangiges Gemeinschaftsrecht und gegebenenfalls durch das nationale Recht der Mitgliedstaaten begrenzt wird.

Die Frage nach der gemeinschaftsrechtlichen Grundlage der unmittelbaren Wirkung ist von maßgebender Bedeutung für ihre Reichweite. Dies leuchtet ohne weiteres ein, wenn man sich vergegenwärtigt, dass bereits die vertikal begünstigende unmittelbare Wirkung aufgrund der extensiven Interpretation des Staatsbegriffs durch den EuGH auf der Basis des *estoppel*-Prinzips nur schwerlich zu rechtfertigen ist, da die Sanktion der unmittelbaren Wirkung nicht allein die ohne eigene Rechtspersönlichkeit ausgestatteten staatlichen Behörden trifft, sondern z.B. auch Gemeinden oder öffentliche Arbeitgeber, die die säumige Richtlinienumsetzung nicht zu verantworten haben. Dagegen begegnet die extensive Auslegung des Staatsbegriffs keinen Bedenken, wenn man den *effet utile* des Gemeinschaftsrechts als Grundlage der unmittelbaren Wirkung ansieht.

Die Frage nach der gemeinschaftsrechtlichen Grundlage der unmittelbaren Wirkung stellt sich jedoch erst dann, wenn feststeht, dass Richtlinienbestimmungen in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten unmittelbare Geltung entfalten, d.h. in normativer Hinsicht überhaupt fähig sind, verbindliches Recht für den einzelnen zu setzen. Erst wenn diese Frage in einem positiven Sinne beantwortet ist, kommt es darauf an, welche rechtliche Erwägung zur Rechtfertigung der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien heranzuziehen ist. Da beide Problemkreise untrennbar miteinander verbunden sind, werden sie im folgenden Abschnitt der Untersuchung gemeinsam behandelt.

Nach Erörterung der beiden vorgenannten Aspekte, welche die konstituierenden Elemente der unmittelbaren Wirkung darstellen, wird sich die Untersuchung in einem weiteren Abschnitt mit den Grenzen der unmittelbaren Wirkung auseinandersetzen. Zunächst wird erörtert, ob und inwieweit die verfassungsähnlichen Rechtsprinzipien des primären Gemeinschaftsrechts die Reichweite der unmittelbaren Wirkung begrenzen. Diesbezüglich ist zwischen den verschiedenen Kategorien der unmittelbaren Wirkung zu differenzieren. In einem weiteren Schritt wird dann am Beispiel des deutschen Grundgesetzes und der Verfassung Frankreichs der Frage nachgegangen, ob und in welchem Maße die Reichweite der unmittelbaren Wirkung durch die Integrationsschranken des nationalen Verfassungsrechts begrenzt wird.

1. Der (fehlende) normative Charakter von Richtlinien als Determinante zur Bestimmung der Reichweite der unmittelbaren Wirkung

In der Diskussion über die Reichweite der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien wird überwiegend stillschweigend davon ausgegangen, dass EG-Richtlinien grundsätzlich fähig sind, normative Wirkungen im innerstaatlichen Rechtskreis der Mitgliedstaaten zu entfalten, weil sie den Charakter einer gemeinschaftsrechtlichen „Alternativ- oder Reservenormierung“³⁷⁸ besäßen. Auf dieser Grundlage wird dann eines der vom Europäischen Gerichtshof zur Erklärung der unmittelbaren Wirkung entwickelten Argumente ausgewählt und zur Bestimmung der Reichweite der unmittelbaren Wirkung herangezogen.

An dieser Vorgehensweise wird zu Recht kritisiert, dass sie nicht die Änderung des normativen Gehalts von Richtlinien, die bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist ja lediglich an die Mitgliedstaaten gerichtet sind, zu erklären vermag.³⁷⁹ Denn so bedeutsam die zur Erklärung der unmittelbaren Wirkung herangezogenen Erwägungen wie der *effet utile* oder das *estoppel*-Prinzip sind, setzen sie sich nicht mit der Frage auseinander, warum Normen eines Rechtsaktes der Europäischen Gemeinschaft, der Regelungsvorgaben für die gesetzgebenden Organe der Mitgliedstaaten enthält, fähig sein sollen, in den nationalen Rechtsordnungen unmittelbar Rechte und gegebenenfalls auch Pflichten für die Gemeinschaftsbürger zu begründen.

³⁷⁸ Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, 145

³⁷⁹ Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, 145; Leonard, Die Rechtsfolgen der Nichtumsetzung von EG-Richtlinien unter besonderer Berücksichtigung der Staatshaftungs- sowie der Normerlassklage, 51 f.

Die Untersuchung wird sich daher zunächst mit der Frage befassen, ob sich der normative Gehalt von Richtlinien nach dem erfolglosen Ablauf der Umsetzungsfrist derart umwandelt, dass ihnen in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ein normativer Charakter zugesprochen werden kann, der sie befähigt, auch ohne ihre Umsetzung im innerstaatlichen Rechtskreis der Mitgliedstaaten unmittelbar Rechtswirkungen für die Gemeinschaftsbürger zu erzeugen.

a. Das Konzept des *legal review* – Richtlinien als Maßstab für die nationale Rechtsanwendung

Nach dem Konzept des *legal review* – das auch als „völkerrechtliche“ Theorie bezeichnet wird³⁸⁰ – genießen Richtlinien allgemeinen Vorrang gegenüber entgegenstehendem nationalem Recht und verdrängen dieses auch dann, wenn den einzelnen Bestimmungen der Richtlinie keine unmittelbare Wirkung zukommt. Innerstaatliches Recht sei bei seiner Anwendung stets auf seine Richtlinienkonformität zu überprüfen. Diejenigen nationalen Vorschriften, die mit einer Richtlinienbestimmung unvereinbar sind, hätten außer Anwendung zu bleiben oder müssten im Wege der Rechtsfortbildung den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben angepasst werden. Dies soll auch dann gelten, wenn die jeweilige Richtlinienbestimmung keine unmittelbare Wirkung entfaltet. Nach dieser Auffassung besitzen Richtlinien eine umfassende Maßstabs- und Kontrollfunktion.

aa. Herleitung aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes

Das Konzept des *legal review* wurde aus mehreren Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes hergeleitet. Diese Entscheidungen befassten sich – noch bevor der Gerichtshof in seinem für die vertikal begünstigende unmittelbare Wirkung von Richtlinien richtungsweisenden Urteil in der Rechtssache *Ratti*³⁸¹ erstmals die unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen explizit von ihrer hinreichenden Bestimmtheit und inhaltlichen Unbedingtheit abhängig machte – mit der Frage, inwieweit Richtlinien im Hinblick auf den mitgliedstaatlichen Ermessensspielraum bei ihrer Umsetzung gerichtlich durchsetzbare Ansprüche einzelner begründen können.

³⁸⁰ Leonard, Die Rechtsfolgen der Nichtumsetzung von EG-Richtlinien unter besonderer Berücksichtigung der Staatshaftungs- sowie der Normerlassklage, 53

³⁸¹ EuGH, Urt. v. 5.4.1979, Rs. 148/78, Slg. 1979, I-1629

So erklärte der Gerichtshof in der Entscheidung *Nederlandse Ondernemingen*³⁸² unter Hervorhebung des Richtlinien durch Artikel 249 EG zuerkannten verbindlichen Charakters, dass einzelne die Möglichkeit haben müssten, sich vor Gericht auf eine durch die Richtlinie auferlegte Verpflichtung zu berufen. Insbesondere in den Fällen, in denen die Mitgliedstaaten aufgrund der Richtlinie zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet seien, „würde die praktische Wirksamkeit einer solchen Maßnahme abgeschwächt, wenn die einzelnen sich vor Gericht hierauf nicht berufen und die staatlichen Gerichte sie nicht als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen könnten“.³⁸³ Dies galt nach Auffassung des Gerichtshofes vor allem dann, „wenn sich der einzelne vor dem staatlichen Gericht auf eine Richtlinienbestimmung beruft, um feststellen zu lassen, ob die zuständigen nationalen Stellen bei der ihnen überlassenen Wahl der Form und der Mittel zur Umsetzung der Richtlinie innerhalb der von der Richtlinie gezogenen Ermessensgrenzen geblieben sind“.³⁸⁴ In der Rechtssache *Enka*³⁸⁵ (wo das Problem unter dem Stichwort der „unmittelbaren Geltung“ von Richtlinienbestimmungen behandelt wurde) sowie in der Rechtssache *Delkvist*³⁸⁶ folgte der Gerichtshof dieser Rechtsprechung.

In der Rechtssache *Delkvist* ging der EuGH sogar noch weiter, als er feststellte, dass eine Bestimmung des nationalen Rechts, welche den Umsetzungsspielraum nicht überschreitet, „als eine in den Grenzen der Richtlinie gültig erlassene Bestimmung anzusehen ist“.³⁸⁷ Diese Aussage lässt zwei Schlussfolgerungen zu: Zum einen könnte sie so interpretiert werden, dass der EuGH nationalem Recht, das den durch die Richtlinie vorgegebenen Umsetzungsspielraum überschreitet, jegliche Wirksamkeit abspricht. Zum anderen könnte sie darauf hindeuten, dass der Gerichtshof von einem strikten Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten ausgeht, mit der Folge, dass richtlinienwidrige nationale Rechtsnormen auch in der nationalen Rechtsordnung des betreffenden Mitgliedstaates ungültig sind.

Der Einwand, dass in diesen Urteilen nur solchen Richtlinienbestimmungen eine Maßstabs- und Kontrollfunktion zugestanden würde, die ohnehin unmittelbar anwendbar seien,³⁸⁸ wird durch die zwischenzeitlich erlassene Entscheidung in der Rechtssache *Kraaijeveld*³⁸⁹ entkräftet. Dort lehnt der Europäische Gerichtshof zunächst eine unmittelbare Wirkung von

³⁸² EuGH, Urt. v. 1.2.1977, Rs. 51/76, Slg. 1977, I-113

³⁸³ EuGH, Urt. v. 1.2.1997, a.a.O. (126 f.)

³⁸⁴ EuGH, Urt. v. 1.2.1997, a.a.O. (126 f.)

³⁸⁵ EuGH, Urt. v. 23.11.1977, Rs. 38/77, Slg. 1977, I-2203 (2211 f.)

³⁸⁶ EuGH, Urt. v. 29.11.1978, Rs. 21/78, Slg. 1978, I-2327 (Rn. 18/21)

³⁸⁷ EuGH, Urt. v. 29.11.1978, a.a.O. (Rn. 13-16)

³⁸⁸ Scherzberg, Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, Jura 1993, 225 (229 f.)

³⁸⁹ EuGH, Urt. v. 24.10.1996, Rs. C-72/95, Slg. 1996, I-5403

Art. 2 Abs. 1 der UVP-Richtlinie³⁹⁰ aufgrund des den Mitgliedstaaten durch Art. 4 Abs. 2 U. abs. 2 der Richtlinie eingeräumten Ermessensspielraumes ab, führt dann aber unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Entscheidung in der Rechtssache *Nederlandse Ondernemingen* aus: „Die Tatsache, dass die Mitgliedstaaten im vorliegenden Fall nach den Artikeln 2 Abs. 1 und 4 Abs. 2 der Richtlinie über einen Ermessensspielraum verfügen, schließt es dagegen nicht aus, dass gerichtlich überprüft werden kann, ob die nationalen Behörden diesen Spielraum überschritten haben.“³⁹¹ Damit gibt der Gerichtshof unmissverständlich zu erkennen, dass nach seiner Ansicht auch Bestimmungen in Richtlinien, die den Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum zugestehen und daher mangels inhaltlicher Unbedingtheit nicht geeignet sind, unmittelbare Wirkung zu entfalten, justiziabel sind.

bb. Konsequenzen für das Verhältnis zwischen EG-Richtlinien und dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten

Aus dieser Rechtsprechung ziehen die Befürworter des *legal review* die Schlussfolgerung, dass sich einzelne vor einem nationalen Gericht auf die Bestimmungen von Gemeinschaftsrichtlinien berufen können, um eine Überprüfung nationalen Rechts auf seine Richtlinienkonformität und die Nichtanwendung von richtlinienwidrigem nationalen Recht zu erreichen.³⁹²

Diese Auffassung geht davon aus, dass eine gültige Richtlinie mit ihrem Erlass Bestandteil der nationalen Rechtsordnung wird und damit unmittelbare Geltung im mitgliedstaatlichen Rechtskreis erlangt.³⁹³ Unmittelbare Geltung wird dabei als die abstrakte Fähigkeit einer Gemeinschaftsnorm, ohne staatlichen Transformations- oder Inkorporationsakt innerstaatlich beachtlich zu sein, definiert. Mit Inkrafttreten des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und seiner Folgeverträge sei nicht nur das primäre, sondern auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht integraler Bestandteil der nationalen Rechtsordnungen

³⁹⁰ Richtlinie 85/337/EWG des Rates vom 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (ABl. EG Nr. L 175, 40), nunmehr geändert durch die Richtlinie 97/11/EG vom 3.3.1997 (ABl. EG Nr. L 73, 5)

³⁹¹ EuGH, Urt. v. 24.10.1996, a.a.O. (Rn. 54 ff.)

³⁹² Bach, Direkte Wirkungen von EG-Richtlinien, JZ 1990, 1108 (1111 ff.); Timmermans, Directives: Their effect within the national legal systems, C.M.L.Rev. 1979, 533 (549 f.); Dendinos, Rechtsprobleme der Direktwirkung von Richtlinien, 50, sieht hingegen in der Rechtmäßigkeitsprüfung „eine rechtlogische Erweiterung“ des Konzepts der unmittelbaren Wirkung, kommt in der Sache aber zu denselben Ergebnissen.

³⁹³ vgl. Bach, Direkte Wirkungen von EG-Richtlinien, JZ 1990, 1108 (1110); Oldenbourg, Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien im innerstaatlichen Bereich, 14

geworden und bestimme so die Frage seiner Geltung und Anwendbarkeit (bzw. Wirkung) autonom.³⁹⁴ Da Richtlinien nicht wie EG-Verordnungen unmittelbar nach ihrem Erlass Rechte und Pflichten für den einzelnen begründen könnten, könne von ihrer unmittelbaren Geltung jedoch nicht sofort nach ihrem Erlass auf ihre (unmittelbare) Wirkung³⁹⁵ geschlossen werden, sondern erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist.³⁹⁶ Die (unmittelbare) Wirkung soll neben der subjektiven unmittelbaren Wirkung auch die objektiven Wirkungen der Richtlinie umfassen, namentlich die objektive unmittelbare Wirkung, die Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung nationalen Rechts sowie das Konzept des *legal review*.³⁹⁷

Das Konzept des *legal review* basiert auf der Annahme, dass das Gemeinschaftsrecht uneingeschränkten Vorrang vor dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten genießt. Als *superior rule of law* müsse das Gemeinschaftsrecht nicht nur im Fall seiner unmittelbaren Wirkung beachtet werden, sondern auch dann, wenn es „nur“ den Ermessensspielraum des nationalen Gesetzgebers begrenzt.³⁹⁸ Die Richtlinienregelung verdränge als objektives und vorrangiges Gemeinschaftsrecht entgegenstehendes nationales Recht,³⁹⁹ sofern ihr nur eine hinreichend klare Aussage zu den Anforderungen an das nationale Recht zu entnehmen⁴⁰⁰ und sie damit als Maßstabnorm für nationales Recht geeignet sei⁴⁰¹.

Vereinzelte wird bei Kollisionen zwischen nationalem Recht und Bestimmungen einer EG-Richtlinie zugleich ein Verstoß gegen Art. 10 EG und gegen Art. 23 GG bzw. gegen den „aus Art. 24 ff. GG [jetzt Art. 23 ff. GG] entwickelten Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit“ angenommen.⁴⁰² Als Beleg für die unmittelbare Geltung von Richtlinien im innerstaatlichen Rechtskreis wird ferner angesehen, dass die Richtlinie nicht nur an den Mitgliedstaat als Ganzes, sondern auch unmittelbar an die innerstaatlichen Rechtsanwendungsorgane gerichtet sei.⁴⁰³ Richtlinien sollen nach dieser Ansicht auch dann entgegenstehendes nationales Recht verdrängen, wenn dies zu erheblichen Beeinträchtigungen der Rechtsposition einzelner führen

³⁹⁴ Klein, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von europäischem Gemeinschaftsrecht, 9 f.

³⁹⁵ Zur Vermeidung von Verwechslungen mit dem im Rahmen der Untersuchung durchgängig verwendeten Begriff der „unmittelbaren Wirkung“ zur Bezeichnung der Möglichkeit des einzelnen, sich unmittelbar auf eine Richtlinienbestimmung zu berufen, wird zur Bezeichnung der nach Auffassung des *legal review* weitergehenden Rechtswirkungen von Richtlinien hier der Begriff „(unmittelbare) Wirkung“ verwendet.

³⁹⁶ Bach, a.a.O. (1110); Klein, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von europäischem Gemeinschaftsrecht, 12 f.; Langenfeld, Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien, DÖV 1992, 955 (955 ff.)

³⁹⁷ Kahl in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, Art. 10 (Rn. 40 ff.); nach Langenfeld, a.a.O. (1957) umfasst die unmittelbare Wirkung von Richtlinien zudem auch ihre Funktion als Maßstab für die nationale Rechtssetzung

³⁹⁸ Timmermans, aa.O. (550)

³⁹⁹ Dendrinos, Rechtsprobleme der Direktwirkung der EWG-Richtlinien, 291

⁴⁰⁰ Langenfeld, a.a.O. (963)

⁴⁰¹ Bach, a.a.O. (1113)

⁴⁰² Bleckmann, Europarecht, Rn. 1209 [[[6. Aufl. 1997]]]

⁴⁰³ Grabitz, Entscheidungen und Richtlinien als unmittelbar wirksames Gemeinschaftsrecht, EuR 1971, 1 (5)

kann.⁴⁰⁴ Dasselbe soll für nachträgliche Rechtsänderungen einer richtlinienkonformen Rechtslage gelten, durch die der nationale Gesetzgeber den Umsetzungsspielraum überschreitet. Ein derartiges gesetzgeberisches Handeln müsse, da der nationale Gesetzgeber insoweit seine legislativen Kompetenzen auf den Gemeinschaftsgesetzgeber übertragen habe, als *ultra vires* und damit als nichtig betrachtet werden.⁴⁰⁵

Der vorgenannten Auffassung liegt ein Verständnis von der Richtlinie als gegenüber nationalem Recht stets vorrangigem, entgegenstehendes nationales Recht verdrängendem Rechtsakt zugrunde. Ihr zufolge wären mit einer EG-Richtlinie kollidierende nationale Rechtsvorschriften unabhängig davon, ob die Bestimmungen der Richtlinie unmittelbare Wirkung entfalten, stets unwirksam.

Daher scheint das Konzept des *legal review* in seiner obigen Ausprägung auch nur schwer mit der Lehre vom Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts⁴⁰⁶ vereinbar zu sein. Danach kann es nur dann zu unmittelbaren Kollisionen zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht kommen, wenn die Gemeinschaftsnorm unmittelbare Anwendbarkeit (bei Primärrecht) oder unmittelbare Wirkung (bei EG-Richtlinien) entfaltet. Dieser Konflikt ist nach der Lehre vom Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts dadurch aufzulösen, dass die gemeinschaftswidrige nationale Norm im Anwendungsbereich der Gemeinschaftsnorm unangewendet bleibt. In ausschließlich vom nationalen Recht bestimmten Sachverhalten steht der Anwendung der gemeinschaftswidrigen nationalen Bestimmung hingegen nichts entgegen.

Zum Teil wird vorgeschlagen, die Verdrängungswirkung nicht unmittelbar wirksamer Richtlinienbestimmungen auf die Fälle evidenter Vertragswidrigkeit der richtlinienwidrigen nationalen Bestimmung zu beschränken.⁴⁰⁷ Überdies solle Richtlinien parallel zu den Beschränkungen der unmittelbaren Wirkung nur insoweit eine Maßstabsfunktion zukommen, als diese zu Gunsten des einzelnen wirke. Um die Entstehung von Rechtslücken zu vermeiden, solle zudem die Nichtanwendung nationalen Rechts nur dann in Betracht kommen, wenn der zu regelnde Sachverhalt im Wege der richtlinienkonformen Auslegung des übrigen nationalen Rechts seiner sachgerechten Lösung zugeführt werden könne.⁴⁰⁸

Von einigen Vertretern des *legal review* wird dem Gemeinschaftsrecht nur unter der Voraussetzung seiner unmittelbaren Anwendbarkeit Vorrang vor nationalem Recht

⁴⁰⁴ Bach, a.a.O.; Timmermans, a.a.O. (550 f.)

⁴⁰⁵ Constantinesco, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, 624 f.; Timmermans, C.M.L.Rev. 1979, 533 (551 f.); vgl. dazu auch unter § 7 B.I.

⁴⁰⁶ grundlegend dazu BVerfGE 73, 339 (374 f.); 75, 223 (244)

⁴⁰⁷ Kahl in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, Art. 10 (Rn. 43); Langenfeld, a.a.O. (962 ff.)

⁴⁰⁸ Langenfeld, a.a.O. (962 ff.)

eingedrängt,⁴⁰⁹ da eine „Kollision der Rechtsfolgen“⁴¹⁰ nur möglich sei, wenn subjektive Rechte entstehen.⁴¹¹ Demgegenüber stellt die Mehrheit der Verfechter des *legal review* die Lehre vom Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts mitunter gänzlich in Frage und geht – teilweise unter Berufung auf das Urteil *Simmenthal II*⁴¹² – stattdessen von einem "Geltungsvorrang" des Gemeinschaftsrechts aus.⁴¹³ Danach soll das Gemeinschaftsrecht nationales Recht auch im Fall mittelbarer Kollisionen verdrängen, mit der Konsequenz der Nichtigkeit gemeinschaftswidriger mitgliedstaatlicher Rechtsnormen.⁴¹⁴ Diese Rechtsfolge wird dem Konzept des *legal review* letztlich auch am meisten gerecht, da sonst die Maßstabs- und Kontrollfunktion der Richtlinie als Folge der ihr von den Vertretern des *legal review* unterstellten unmittelbaren Geltung weitgehend leer laufen würde.

Scherzberg interpretiert den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts dergestalt, dass im Rahmen der unmittelbaren Wirkung auch die schlichte Nichtanwendung des nationalen Rechts geboten sein kann, soweit eine normstrukturell hierzu geeignete Richtlinienbestimmung mit einer Bestimmung des nationalen Rechts kollidiert, ohne selbst konkrete Regelungsvorgaben zu enthalten.⁴¹⁵ Bei einer derart extensiven Interpretation wäre die Maßstabs- und Kontrollfunktion der Richtlinie über die klassischen Fälle der unmittelbaren Wirkung auch dann gewährleistet, wenn die Bestimmungen einer Richtlinie zwar hinreichend bestimmt und inhaltlich unbedingt sind, aber keine inhaltlichen Vorgaben für den zu regelnden Sachverhalt enthalten. In Betracht kämen insoweit z.B. Bestimmungen in Richtlinien, die den Mitgliedstaaten bestimmte Verfahrenspflichten auferlegen, aber kein Umsetzungsprogramm enthalten.

cc. Auswirkungen auf die Reichweite der unmittelbaren Wirkung

Räume man dem Richtlinienrecht eine derart umfassende Maßstabs- und Kontrollfunktion ein wie die Vertreter des *legal review*, wäre die Bedeutung der Diskussion über die Reichweite der unmittelbaren Wirkung erheblich gemindert. Da richtlinienwidriges nationales

⁴⁰⁹ Ipsen, Gemeinschaftsrecht, 287 ff.; Scherzberg, Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, Jura 1993, 225 (229); Zuleeg, a.a.O. (479 f.)

⁴¹⁰ Zuleeg, Die Rechtswirkung europäischer Richtlinien, ZGR 1980, 465 (480)

⁴¹¹ Ipsen, Gemeinschaftsrecht, 287 ff.; Zuleeg, a.a.O. (479 f.)

⁴¹² EuGH, Urt. v. 9.3.1978, Rs. 106/77, Slg. 1978, I-629

⁴¹³ Bach, Direkte Wirkungen von EG-Richtlinien, JZ 1990, 1108 (1111); Bleckmann, Europarecht, Rn. 851; Langenfeld, Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien, DÖV 1992, 955 (963)

⁴¹⁴ vgl. dazu Rengeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der EU, Rn. 947 ff.

⁴¹⁵ in diesem Sinne Scherzberg, Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, Jura 1993, 225 (229)

Recht ohnehin generell unanwendbar wäre, käme es auf die Grenzen der unmittelbaren Wirkung nur in solchen Fällen an, in denen ein einzelner sich zur Geltendmachung positiver Rechtsansprüche auf eine Richtlinienbestimmung beruft. Denn positive Rechtsansprüche, die auf den Bestimmungen von EG-Richtlinien basieren, können auch nach dem Konzept des *legal review* nur unter der Voraussetzung der unmittelbaren Wirkung geltend gemacht werden, da die Richtlinie nur dann hinreichend konkrete Regelungsvorgaben beinhaltet. Während in diesem Fall die Grenzen der „klassischen“ unmittelbaren Wirkung vollständig zum Tragen kämen, entspräche die bloße Verdrängung gemeinschaftswidrigen nationalen Rechts dem Prinzip vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts, dessen Reichweite im Rahmen des gegenwärtigen Dialogs zwischen den Organen des Gemeinschaftsrechts und denen des nationalen Rechts noch abschließend geklärt werden müsse.⁴¹⁶

Demzufolge plädierte Generalanwalt *Saggio* in seinen Schlussanträgen zum Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache *Océano Grupo*⁴¹⁷ dafür, nationales Recht, das den Bestimmungen der Richtlinie 93/13/EWG entgegensteht, außer Acht zu lassen. Er wies dabei ausdrücklich darauf hin, dass in der Fallkonstellation, die dem Ausgangsverfahren vor dem nationalen Gericht zugrunde lag, eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts mangels insoweit auslegbarer nationaler Rechtsvorschriften ausscheide.⁴¹⁸ Die unmittelbare Wirkung der Richtlinie 93/13/EWG käme – abgesehen von der Problematik der horizontalen Wirkung – bereits wegen der Unbestimmtheit des einschlägigen Art. 3 der Richtlinie nicht in Betracht. Somit sei die Verdrängung entgegenstehenden nationalen Rechts einzig auf die Funktion der Richtlinie als Parameter für die Rechtmäßigkeit nationaler Rechtsvorschriften zurück zu führen. Die so entstandene Rechtslücke sollte nach Auffassung von Generalanwalt *Saggio* durch die „analoge Anwendung oder durch einen Rückgriff auf allgemeine Grundsätze des nationalen Rechts“ gefüllt werden.⁴¹⁹

dd. Kritik am Konzept des *legal review*

Gegen das Konzept des *legal review* wird vorgebracht, dass Richtlinien nicht unmittelbar in den Mitgliedstaaten gelten würden, auch wenn ihre eigentlichen Adressaten – vermittelt durch

⁴¹⁶ Lenz/Tynes/Young, Horizontal What? Back to Basics, E.L.Rev. 2000, 509 (519 ff.)

⁴¹⁷ Schlussanträge vom 16.12.1999 zu den verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, Slg. 2000, I-4943

⁴¹⁸ Schlussanträge vom 16.12.1999 zu den verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, a.a.O. (4954 f.); demgegenüber erachtete der EuGH eine richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Rechtsvorschriften für möglich, vgl. Urt. v. 27.6.01, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, Slg. 2000, I-4963 (Rn. 30 ff.)

⁴¹⁹ Schlussanträge vom 16.12.1999 zu den verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, a.a.O. (4961)

das sie umsetzende nationale Recht – letztlich die Marktbürger seien.⁴²⁰ Ein inhaltlicher Normwiderspruch zwischen innerstaatlich geltender und gemeinschaftsrechtlich angestrebter Rechtsfolge sei jedoch nicht begründbar.⁴²¹ Dem Gemeinschaftsrecht komme lediglich ein Anwendungsvorrang zu, so dass auch nur von unmittelbar wirksamen Richtlinienbestimmungen im konkreten Kollisionsfall mit entgegenstehendem nationalem Recht eine Verdrängungswirkung ausgehen könne.⁴²² Wollte man diese Verdrängungswirkung von den Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung entkoppeln, könnte die Nichtanwendung der richtlinienwidrigen nationalen Bestimmungen zu erheblichen Rechtslücken führen und so die Rechtssicherheit und -klarheit in den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.⁴²³ Der Verdrängungseffekt unmittelbar wirksamer Richtlinienbestimmungen ergebe sich bereits aus dem Anwendungsvorrang selbst; für eine Verdrängung durch nicht unmittelbar anwendbare Richtliniennormen bestehe über die richtlinienkonforme Auslegung hinaus kein Bedarf.⁴²⁴ Der aus dem *legal review* resultierende Geltungsvorrang des Gemeinschaftsrechts hätte zudem die Nichtigkeit des richtlinienwidrigen mitgliedstaatlichen Rechts zur Folge, wogegen selbst unmittelbar anwendbare Richtlinienbestimmungen die Gültigkeit des kollidierenden nationalen Rechts prinzipiell unberührt ließen.⁴²⁵

Nach einer anderen Auffassung⁴²⁶ erfordert die Annahme eines Vorrangs von Richtlinien eine doppelte Rechtsregel: Zum einen, dass die nationale Rechtsordnung im Kollisionsfall den Vorrang des Gemeinschaftsrechts anordnet. Dies sei im deutschen Recht in den Grenzen des Art. 23 GG gewährleistet. Zum anderen müsse das Gemeinschaftsrecht seinen Vorrang vorschreiben. Anhand einer Untersuchung von Art. 249 Abs. 3 EG kommt diese Auffassung zu dem Ergebnis, dass das Gemeinschaftsrecht einen solchen Vorrang für Richtlinien – im Gegensatz zu primärem Gemeinschaftsrecht und Verordnungen – nicht anordnet. Art. 249 Abs. 3 EG erlege dem nationalen Organ die Umsetzung der Richtlinie nur im Rahmen seiner Zuständigkeit auf. Daher sei es einem nationalen Gericht oder einem Verwaltungsorgan nicht erlaubt, die Gesetze seines Mitgliedstaates zu missachten. Etwas anderes gelte nur für den Fall der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien.

⁴²⁰ Götz, Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien, NJW 1992, 1849 (1851 f.); Haneklaus, Direktwirkung von EG-Richtlinien zu Lasten einzelner?, DVBl. 1993, 129 (131)

⁴²¹ Haneklaus, a.a.O. (131)

⁴²² Haneklaus, a.a.O. (131); Nettesheim, Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AÖR 1994, 261 (279 f.)

⁴²³ Klein, Objektive Wirkungen von Richtlinien, in: FS Everling, 641 (648 ff.); Rojla/Lackhoff, Die innerstaatliche Beachtlichkeit von EG-Richtlinien und das Gesetzmäßigkeitsprinzip, DVBl. 1998, 1116 (1120 f.)

⁴²⁴ Ruffert in: Callies/Ruffert, Kommentar zu EUV und EGV, Art. 249, Rn. 95

⁴²⁵ Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch EG-Richtlinien, 96

⁴²⁶ Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, 247 ff.

b. Unmittelbare Wirkung als Konsequenz der Verletzung einer Sonderverbindung zwischen Mitgliedstaat und Marktbürger

Nach der Auffassung von *Gellermann* entfalten Richtlinien keine normative Wirkung, da ihnen nicht der Charakter einer gemeinschaftsrechtlichen „Alternativ- oder Reservewirkung“ zukomme. Zwar beanspruchten EG-Richtlinien in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten unmittelbare Geltung.⁴²⁷ Indes seien sie aufgrund ihres Rechtscharakters nicht geeignet, Rechte und Pflichten für die einzelnen zu begründen. Bereits aus dem Wortlaut und der Struktur von Art. 189 EWGV [jetzt Art. 249 EG] ergebe sich, dass eine Richtlinie nur „für“ den Mitgliedstaat, an den sie adressiert ist, verbindlich sei und eben nicht mit verbindlicher Wirkung „in“ den Mitgliedstaaten gelte. Eine normative Wirkung von Richtlinien stünde auch im Widerspruch zu ihrer Funktion als Instrument der Rechtsharmonisierung und würde das Ziel des von ihr initiierten nationalen Gesetzgebungsverfahrens gleichsam vorwegnehmen. Daran ändere sich auch mit Ablauf der Umsetzungsfrist nichts, da es Richtlinien an dem zu ihrer Anwendung erforderlichen Anwendungswillen ermangele. Richtlinien könnten damit allenfalls in „obligatorischer“ Weise Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten erzeugen.⁴²⁸

Nach dieser Auffassung muss der Effekt der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien mangels normativer Wirkung der Richtlinien in einem faktischen Sinn verstanden werden, als die Konsequenz der Missachtung richtlinienbedingter Pflichten des Mitgliedstaates gegenüber dem Gemeinschaftsbürger. Mitgliedstaat und Gemeinschaftsbürger stünden zueinander in einer Sonderbeziehung, die aus der Qualität der Richtlinie als Teil der Gemeinschaftsrechtsordnung und einer am Erfordernis des gemeinschaftsrechtlichen *effet utile* orientierten Interpretation des Art. 189 Abs. 3 EGV [jetzt Art. 249 Abs. 3 EG] resultiere und den Gemeinschaftsbürger befähige, die unmittelbare Wirkung als „Vorstufe auf dem Weg zum Vollrecht“ gegenüber dem säumigen Mitgliedstaat geltend zu machen.⁴²⁹ Dies gelte jedoch nur insoweit, als die inhaltlichen Bestimmungen der Richtlinie dem Mitgliedstaat konkrete Verhaltenspflichten auferlegten (umzusetzende Pflicht), und nicht auch bezüglich der im Verhältnis zur Gemeinschaft bestehenden Pflicht des Mitgliedstaates, die Regelungsvorgaben der Richtlinie in sein nationales Recht zu implementieren (Umsetzungspflicht). Zudem könnten nur diejenigen Marktbürger als aus der Richtlinie

⁴²⁷ Gellermann, a.a.O., 16 f.

⁴²⁸ Gellermann, a.a.O., 147 ff.

⁴²⁹ Gellermann, a.a.O., 153 ff.

berechtigt angesehen werden, zu deren Gunsten die Richtlinie in der innerstaatlichen Rechtsordnung die Schaffung von Rechten vorsehe.⁴³⁰

Da Richtlinien in Ermangelung einer innerstaatlichen normativen Wirkung kein Anwendungsvorrang zukomme, müssten die nationalen Gerichte die innerstaatliche Durchsetzbarkeit unmittelbar wirksamer Richtlinienbestimmungen dadurch gewährleisten, dass sie der Forderung des Bürgers nach einem richtlinienkonformen Verhalten des Mitgliedstaates durch die Anwendung der Richtlinienbestimmung anstelle der entgegenstehenden nationalen Bestimmung gerecht werden. Denn der Mitgliedstaat sei verpflichtet, die Kollisionslage zwischen dem nationalen Recht, das treuwidrig nicht an die Vorgaben der Richtlinie angepasst wurde, und der Richtlinie zugunsten der Vorrangigkeit der ihm durch die Richtlinie auferlegten Verhaltenspflichten aufzulösen. Damit komme dem *estoppel*-Prinzip erhebliche Bedeutung im Begründungszusammenhang der unmittelbaren Wirkung zu.⁴³¹

Nach dieser Auffassung ist die horizontale unmittelbare Wirkung abzulehnen, weil Richtlinien aufgrund ihres Rechtscharakters aus sich heraus einzelnen keine Pflichten auferlegen könnten. Die mittelbare horizontale Wirkung von Richtlinien sei dagegen grundsätzlich zulässig.⁴³²

c. Anordnung der unmittelbaren Wirkung durch den Europäischen Gerichtshof

Nach der Auffassung von *Leonard* sind EG-Richtlinien mangels eines allgemeinen Geltungsanspruchs in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen grundsätzlich nicht geeignet, unmittelbare Geltung in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu entfalten. Die unmittelbare Geltung sei jedoch eine unabdingbare Voraussetzung der unmittelbaren Wirkung.⁴³³ Zwar habe die Bundesrepublik durch ihren Beitritt zur Gemeinschaft von der Befugnis des Art. 23 Abs. 1 GG Gebrauch gemacht und ihre Rechtsordnung für das Gemeinschaftsrecht (weitgehend) geöffnet. Das Gemeinschaftsrecht müsse seine unmittelbare Geltung aber auch anordnen. Allein aus der Struktur des Gemeinschaftsrechts könne jedoch nicht auf die unmittelbare Geltung von Richtlinien geschlossen werden.⁴³⁴

⁴³⁰ Gellermann, a.a.O., 157 ff.

⁴³¹ Gellermann, a.a.O., 162 ff.

⁴³² Gellermann, a.a.O., 171 ff.

⁴³³ Leonard, Die Rechtsfolgen der Nichtumsetzung von EG-Richtlinien unter besonderer Berücksichtigung der Staatshaftungs- sowie der Normerlassklage, 52 ff.

⁴³⁴ Leonard, a.a.O., 57 ff.

Genauso wenig kann die unmittelbare Geltung von Richtlinien nach dieser Ansicht aus der Bindung der innerstaatlichen Stellen nach Art. 189 Art. 3 EGV [jetzt Art. 249 Art. 3 EG] hergeleitet werden. Denn die innerstaatlichen Stellen kämen lediglich als Vertreter des Mitgliedstaates einer im Außenverhältnis zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten bestehenden Verpflichtung nach. Gerichte und Verwaltungsbehörden seien lediglich in ihrer Funktion als „Rechtssetzungsorgane“, d.h. im Rahmen der Erzeugung einer individuell-konkreten Rechtsnorm aus einer abstrakten Norm des nationalen Rechts, zur Erzielung richtlinienkonformer Ergebnisse verpflichtet. Dagegen seien sie nicht auch als „Rechtsanwendungsorgane“, d.h. bei der eigentlichen „Anwendung“ der abstrakt-generellen Norm des nationalen Rechts, verpflichtet.⁴³⁵ Richtlinien würden somit nur im Außenverhältnis zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten unmittelbare Geltung und unmittelbare Anwendbarkeit entfalten („primäre Wirkung“), nicht auch innerhalb der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen als Teil des objektiven Rechts dieser Rechtsordnungen („sekundäre Wirkung“).⁴³⁶

Die unmittelbare Wirkung von Richtlinien könne nur so erklärt werden, dass der EuGH die unmittelbare Geltung durch seine Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien implizit mit angeordnet habe. Die unmittelbare Wirkung sei daher eine durch das *estoppel*-Prinzip gerechtfertigte Sanktionierung des mangelnden Umsetzungsverhaltens aus Rechtsschutzgesichtspunkten.⁴³⁷

Dagegen wird die unmittelbare Wirkung von Richtlinien von dieser Auffassung abgelehnt, soweit sie zu Belastungen des einzelnen führt. Dieses Ergebnis folge nicht aus Billigkeitsgesichtspunkten, sondern aus dem Wesen von EG-Richtlinien als einem an die Mitgliedstaaten gerichteten Instrument, das keinen allgemeinen Geltungsanspruch in den nationalen Rechtsordnungen besäße. Das *estoppel*-Prinzip rechtfertige eine Ausnahme von dieser Regel lediglich insoweit, als die unmittelbare Wirkung einer Richtlinienbestimmung zugunsten einzelner als Sanktion gegen den säumigen Mitgliedstaat anerkannt würde.⁴³⁸ Dagegen scheide eine unmittelbare Wirkung immer dann aus, wenn einzelne unmittelbar aus einer Richtlinie verpflichtet würden. Aus diesem Grund lehnt diese Auffassung sowohl die horizontale unmittelbare Wirkung⁴³⁹ als auch die mittelbare horizontale Wirkung⁴⁴⁰ von Richtlinien ab.

⁴³⁵ Leonard, a.a.O., 60 ff.

⁴³⁶ Leonard, a.a.O., 66

⁴³⁷ Leonard, a.a.O., 64 ff.

⁴³⁸ Leonard, a.a.O., 81

⁴³⁹ Leonard, a.a.O., 75 ff.

⁴⁴⁰ Leonard, a.a.O., 87 ff.

d. Stellungnahme und eigene Lösung

aa. Die unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten

Die Befürworter des *legal review*⁴⁴¹ und die Auffassung, die die unmittelbare Wirkung aus der Sonderverbindung zwischen Mitgliedstaat und Marktbürger ableitet,⁴⁴² gehen zutreffend davon aus, dass Richtlinien unmittelbare Geltung in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten entfalten. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinie in das nationale Recht der Mitgliedstaaten nicht lediglich an die Mitgliedstaaten gerichtet ist, sondern in den innerstaatlichen Rechtskreis hineinwirkt.⁴⁴³ Auch die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts wäre ungeachtet ihrer gemeinschaftsrechtlichen Grundlage⁴⁴⁴ nicht erklärbar, wenn Richtlinien in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen keinen Geltungsanspruch besäßen. Die gegenteilige Ansicht verkennt, dass angesichts des gegenwärtigen Standes des europäischen Integrationsprozesses mittlerweile längst eine einheitliche, nationales wie europäisches Recht umfassende Rechtsordnung entstanden ist,⁴⁴⁵ so dass die These von einer strikten Trennung der Gemeinschaftsrechtsordnung von den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nicht mehr aufrechterhalten werden kann.

bb. Die gemeinschaftsrechtliche Grundlage der unmittelbaren Wirkung

Von der unmittelbaren Geltung von Richtlinien im nationalen Recht der Mitgliedstaaten kann jedoch nicht ohne weiteres auf ihre unmittelbare Wirkung geschlossen werden. Hierzu müssen weitere Voraussetzungen gegeben sein, die die Verdrängung einer nationalen Rechtsnorm durch eine unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmung rechtfertigen. Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden untersucht, ob die oben dargestellten Auffassungen eine ausreichende Erklärung für den Effekt der unmittelbaren Wirkung bieten.

⁴⁴¹ siehe oben unter a.

⁴⁴² siehe oben unter b.

⁴⁴³ vgl. dazu unter § 5

⁴⁴⁴ vgl. dazu unter § 9 A.

⁴⁴⁵ Huber, Die parlamentarische Demokratie unter den Bedingungen der europäischen Integration, 11 (26)

(1) Geltungsvorrang des Gemeinschaftsrechts? Zur Auffassung des *legal review*

Es ist fraglich, ob – wie von den Vertretern des *legal review* angenommen wird – aus der unmittelbaren Geltung von Richtlinien mit Ablauf der Umsetzungsfrist automatisch ihre (unmittelbare) Wirkung resultiert. Dies würde voraussetzen, dass Richtlinien auch dann uneingeschränkten Vorrang vor nationalem Recht genießen, wenn die Voraussetzungen ihrer unmittelbaren Wirkung nicht vorliegen.

Im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Auffassung des *legal review* werden zunächst die Entscheidungen zur Kontrolle der Umsetzungsspielräume von EG-Richtlinien danach untersucht, ob diesbezüglich von einer gefestigten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ausgegangen werden kann. In einem zweiten Schritt wird erörtert, welche Rangstellung dem Gemeinschaftsrecht im Verhältnis zum Recht der Mitgliedstaaten zukommt.

(a) Die Rechtsprechung des EuGH zur Kontrolle des Umsetzungsspielraums von Richtlinien

Es ist zweifelhaft, ob die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes die Auffassung des *legal review* stützt. Die von den Vertretern des *legal review* zitierten Urteile sind wenig aussagekräftig. Insbesondere bei der Interpretation der Entscheidungen in den Rechtssachen *Nederlandse Ondernemingen*, *Enka* und *Delkvist* muss der damalige Entwicklungsstand der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien berücksichtigt werden. Dabei fällt auf, dass die Argumentation, die der Gerichtshof zur Begründung der Beachtlichkeit von Richtlinien im nationalen Recht heranzog, weitgehend identisch ist mit der Formel, die er nunmehr zur Rechtfertigung der unmittelbaren Wirkung benutzt.⁴⁴⁶ Dies lässt darauf schließen, dass obige Entscheidungen lediglich Zwischenschritte auf dem Weg der vom Gerichtshof in richterlicher Rechtsfortbildung entwickelten Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien darstellen. Bereits in seiner Entscheidung *Ratti* präziserte der Gerichtshof diese Rechtsprechung dahingehend, dass Richtlinien nur insoweit unmittelbare Wirkungen entfalten können, als sie normstrukturell hierzu geeignet, d.h. hinreichend bestimmt und unbedingt sind und subjektive Rechte einzelner begründen.⁴⁴⁷

⁴⁴⁶ dazu siehe unter § 8 A.I.

⁴⁴⁷ ähnlich Karoff, Richtlinie und Umsetzungspraxis, *RabelsZ* 1984, 649 (663)

Was das Urteil in der Rechtssache *Kraaijeveld* anbelangt, so kann aus einer einzigen Entscheidung schwerlich ein derart weitreichendes Konzept wie das des *legal review* abgeleitet werden. Dass sich das Urteil mit der Reichweite einer im Bereich des Umweltschutzes erlassenen Richtlinie befasst, lässt zudem Zweifel an seiner Verallgemeinerungsfähigkeit als berechtigt erscheinen, da der Gerichtshof in dieser Rechtsmaterie unter Berücksichtigung des hohen Schutzgutes und der Tatsache, dass umweltrelevante Eingriffe häufig irreversibel sind, dem gemeinschaftsrechtlichen *effet utile* regelmäßig einen besonders hohen Stellenwert einräumt. Dies manifestiert sich auch darin, dass der EuGH dem Vertragsziel des Umweltschutzes, das in Art. 2 EG explizit genannt ist, im Rahmen von Güter- und Interessenabwägungen große Bedeutung beimisst, wenngleich es keinen absoluten Vorrang gegenüber anderen Vertragszielen genießt.⁴⁴⁸

Folglich besteht zum derzeitigen Zeitpunkt noch keine gefestigte Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach Richtlinien hinsichtlich ihres Umsetzungsspielraums eine umfassende Maßstabs- und Kontrollfunktion zukäme, wenngleich einige Entscheidungen dies indizieren. Es bleibt dem Gerichtshof überlassen, seine diesbezügliche Position in zukünftigen Entscheidungen klar zu stellen.

(b) Das Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten

Zur Beurteilung des Konzepts des *legal review* kommt es entscheidend darauf an, in welchem Verhältnis nationales Recht und Gemeinschaftsrecht zueinander stehen. Die Vertreter des *legal review* begnügen sich zur Rechtfertigung der generellen Ungültigkeit richtlinienwidriger nationaler Bestimmungen überwiegend mit dem lapidaren Hinweis auf den Vorrang des Gemeinschaftsrechts.⁴⁴⁹ Dies wird der Komplexität des Problems jedoch nicht gerecht. Deshalb muss untersucht werden, ob das Gemeinschaftsrecht gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten ein Geltungsvorrang, wonach gemeinschaftswidriges Recht der Mitgliedstaaten gänzlich unwirksam ist, oder ein Anwendungsvorrang, wonach die gemeinschaftswidrige nationale Rechtsnorm lediglich im Kollisionsfall nicht zur Anwendung gelangt, genießt.

⁴⁴⁸ vgl. Zuleeg, Umweltschutz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, NJW 1993, 31 (34 f.) m.w.N.

⁴⁴⁹ vgl. GA Colomer, Schlussanträge vom 20.04.1999 zur Rs. C-241/97, Slg. 1999, I-1879 (1894); GA Saggio, Schlussanträge vom 16.12.1999 zu den verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, Slg. 2000, I-4943

Die Annahme eines Anwendungsvorrangs ist mit der Vorstellung von der Richtlinie als Maßstab nationaler Rechtsanwendung nicht vereinbar. Dies gilt zumindest dann, wenn man – dem bislang vorherrschenden Verständnis vom Anwendungsvorrang entsprechend – die unmittelbare Anwendbarkeit oder Wirkung einer Gemeinschaftsvorschrift davon abhängig macht, dass sie hinreichend bestimmt und inhaltlich unbedingt ist.

Die Auffassung des Europäischen Gerichtshofes zum Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten war lange Zeit unklar.

In seiner Entscheidung *Costa/ENEL*⁴⁵⁰ beschäftigte sich der Gerichtshof erstmals mit dem Rangverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten. In seinem Urteil beschränkte sich der Gerichtshof darauf, den Vorrang des Gemeinschaftsrechts als charakteristisches Strukturelement der Gemeinschaftsrechtsordnung zu konstatieren, ohne dessen Rechtsfolgen näher zu bezeichnen.⁴⁵¹

In der Rechtssache *Simmenthal II*⁴⁵² war dem Europäischen Gerichtshof unter anderem die Frage vorgelegt worden, ob der nationale Richter verpflichtet ist, gegenüber unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsbestimmungen etwaige später erlassene nationale Vorschriften außer Acht zu lassen, ohne die Beseitigung dieser Vorschriften durch den nationalen Gesetzgeber oder ein anderes Verfassungsorgan abwarten zu müssen. In Beantwortung dieser Frage und unter Hervorhebung des Grundsatzes vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts stellte der Gerichtshof fest, dass nationales Recht gegenüber unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht nicht nur außer Anwendung bleiben müsse, sondern dass darüber hinaus „ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte insoweit verhindert wird, als diese mit Gemeinschaftsnormen unvereinbar wären“.⁴⁵³ Diese Ausführungen scheinen auf einen Geltungsvorrang des Gemeinschaftsrechts hinzudeuten. Dabei ist jedoch zu beachten, dass Gegenstand von *Simmenthal II* eine EG-Verordnung war, die in den Mitgliedstaaten unstreitig unmittelbare Geltung besitzt. Die Entscheidung ist daher auf EG-Richtlinien, denen nur in Ausnahmefällen unmittelbare Wirkung zukommt, nicht ohne weiteres übertragbar.

In der Rechtssache *IN.CO.GE.*⁴⁵⁴ hat der Europäische Gerichtshof klargestellt, dass er von einem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts ausgeht. Die Entscheidung *Simmenthal II* sei im Zusammenhang mit der betreffenden Vorlagefrage zu sehen und lasse daher nicht den Schluss zu, dass alle gemeinschaftswidrigen nationalen Rechtsvorschriften als inexistent

⁴⁵⁰ EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251

⁴⁵¹ EuGH, Urt. v. 15.7.1964, a.a.O. (1269 ff.)

⁴⁵² EuGH, Urt. v. 9.3.1978, Rs. 106/77, Slg. 1978, I-629

⁴⁵³ EuGH, Urt. v. 9.3.1978, a.a.O. (Rn. 17/18)

⁴⁵⁴ EuGH, Urt. v. 22.10.1998, Rs. C-10/97 bis C-22/97, Slg. 1998, I-6307

anzusehen seien. In *Simmenthal II* habe das nationale Gericht insbesondere wissen wollen, welche Konsequenzen sich aus der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts ergeben, wenn diese mit einer später erlassenen mitgliedstaatlichen Bestimmung in Widerspruch steht. In diesem Zusammenhang habe der Gerichtshof entschieden, dass das nationale Gericht jede möglicherweise dem Gemeinschaftsrecht zuwider laufende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lassen muss, gleichgültig, ob diese früher oder später als die Gemeinschaftsnorm erlassen worden ist.⁴⁵⁵

In der Rechtssache *Skandia*⁴⁵⁶ hat der Gerichtshof diese Auffassung implizit bekräftigt, indem er in Beantwortung der Vorlagefrage des schwedischen Regeringsrätt prüfte, ob die Regelung einer Richtlinie die Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung erfüllt und damit vor einem nationalen Gericht der Verwaltung entgegen gehalten werden kann. Der Gerichtshof folgte damit den Schlussanträgen von Generalanwalt Colomer nicht, der die Ansicht vertreten hatte, dass es auf die Klarheit einer Richtlinienvorschrift im Zusammenhang mit der Nichtanwendung einer mit der Richtlinie in Widerspruch stehenden nationalen Bestimmung nicht ankomme.⁴⁵⁷

Der Europäische Gerichtshof geht demnach von einem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts aus, wonach eine Kollisionslage zwischen unmittelbar anwendbarem bzw. unmittelbar wirksamem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht durch die Nichtanwendung der gemeinschaftswidrigen nationalen Bestimmung aufzulösen ist. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes ist der Anwendungsvorrang ein Strukturelement der Gemeinschaftsrechtsordnung.

Das Bundesverfassungsgericht nimmt ebenfalls einen Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber innerstaatlichem Recht an, und zwar grundsätzlich auch dann, wenn dieses Verfassungsrang besitzt.⁴⁵⁸ Anders als der Europäische Gerichtshof geht das Bundesverfassungsgericht jedoch davon aus, dass der vom Gemeinschaftsrecht angeordnete Vorrang, der von Art. 24 GG [jetzt Art. 23 GG] verfassungsrechtlich gedeckt sei,⁴⁵⁹ erst durch den Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetzes zum Gemeinschaftsvertrag für das deutsche Recht verbindlich angeordnet wurde.⁴⁶⁰ Im deutschen Schrifttum wird dieser Auffassung überwiegend gefolgt.⁴⁶¹

⁴⁵⁵ EuGH, Urt. v. 22.10.1998, a.a.O. (6332 f.)

⁴⁵⁶ EuGH, Urt. v. 20.04.1999, Rs. C-241/97, Slg. 1999, I-1879 (1916)

⁴⁵⁷ Schlussanträge vom 20.04.1999 zur Rs. C-241/97, Slg. 1999, I-1879 (1894)

⁴⁵⁸ BVerfGE 73, 339 (375)

⁴⁵⁹ BVerfGE 75, 223 (244 f.)

⁴⁶⁰ BVerfGE 73, 339 (374 f.)

⁴⁶¹ Maurer, Staatsrecht I, 131; Schweitzer, Staatsrecht III, Rn. 49; Stein, Staatsrecht, 29 f.

Die Annahme eines Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht ist zutreffend. Trotz der zahlreichen Verschränkungen zwischen der Gemeinschaftsrechtsordnung und den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten wird ein Anwendungsvorrang der rechtlichen Struktur der Gemeinschaft am besten gerecht. Er gewährleistet die einheitliche Geltung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts, wahrt jedoch gleichzeitig die Rechtssetzungskompetenzen der Mitgliedstaaten, indem er die Fortgeltung gemeinschaftswidriger nationaler Vorschriften in Fällen ohne Gemeinschaftsbezug ermöglicht.⁴⁶² Somit ist grundsätzlich von einem Anwendungsvorrang auszugehen, der jedoch mit dem Konzept des *legal review* prinzipiell nicht zu vereinbaren ist. Daher kann eine nachträgliche Rechtsänderung nach Herstellung einer richtlinienkonformen Rechtslage nicht als *ultra vires* und damit nichtig angesehen werden, weil diejenigen Normen des Gemeinschaftsrechts, die am Anwendungsvorrang⁴⁶³ teilhaben, die grundsätzliche Gültigkeit der mit dem Gemeinschaftsrecht kollidierenden Rechtsnormen unberührt lassen. EG-Richtlinien kommt somit keine derart weitreichende Maßstabs- und Kontrollfunktion zu. Im Hinblick auf die jüngere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes stellt sich allerdings die Frage nach den Konturen des Anwendungsvorrangs. So indizieren die Entscheidungen *CIA Security International*⁴⁶⁴ und *Unilever*⁴⁶⁵, dass der Gerichtshof einigen Richtlinienbestimmungen durchaus Maßstabs- und Kontrollfunktion einräumt. Da die Richtlinie 83/189/EWG kein alternatives Normsetzungsprogramm enthält, sind diese Entscheidungen mit dem bislang vorherrschenden Verständnis vom Begriff des Anwendungsvorrangs, wonach nationales Recht nur durch solche Gemeinschaftsnormen verdrängt werden kann, die den konkreten Sachverhalt positiv regeln, nicht vereinbar. Die maßgebliche Besonderheit der Richtlinie 83/189/EWG liegt indes darin, dass sie Verfahrenspflichten beinhaltet, die ausschließlich an die Mitgliedstaaten gerichtet sind. Berücksichtigt man den hohen Stellenwert, den der Europäische Gerichtshof verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts als Instrument zur Stärkung des gemeinschaftsrechtlichen *effet utile* einräumt (wie z.B. die Entscheidungen des Gerichtshofes in den Rechtssachen *Panagis Pafitis*⁴⁶⁶ und *Großkrotzenburg*⁴⁶⁷ veranschaulichen), ist es nur konsequent, Richtlinienbestimmungen, die an die Mitgliedstaaten gerichtete Verfahrenspflichten beinhalten und hinreichend bestimmt sowie

⁴⁶² vgl. Streinz, Europarecht, 79

⁴⁶³ vgl. Ipsen, Gemeinschaftsrecht, 287 ff.

⁴⁶⁴ siehe unter I.2.c.aa.

⁴⁶⁵ siehe unter I.2.c.cc.

⁴⁶⁶ siehe unter I.2.a.cc.(2)

⁴⁶⁷ siehe unter I.2.a.dd

inhaltlich unbedingt sind, grundsätzlich am Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts teilhaben zu lassen. Dies hätte zur Folge, dass richtlinienwidriges nationales Recht dann aufgrund der verfahrensrechtlichen unmittelbaren Wirkung von Richtlinien unangewendet bleibt, ohne dass die entsprechende Richtlinienbestimmung an seine Stelle tritt. Im Rahmen dieses „erweiterten Anwendungsvorrangs“ kann auch die schlichte Nichtanwendung des nationalen Rechts geboten sein, soweit eine normstrukturell hierzu geeignete Richtlinienbestimmung mit einer Bestimmung des nationalen Rechts kollidiert, ohne dass sie inhaltliche Vorgaben für die zu regelnde Materie enthält.⁴⁶⁸ Die durch die Nichtanwendung der nationalen Vorschriften entstehenden Regelungslücken müssen in Kauf genommen werden. Für Fälle, in denen dringender Regelungsbedarf besteht, sieht die Richtlinie 83/189/EWG in ihrem Artikel 9 Abs. 3 Ausnahmen von den Aussetzungsbestimmungen vor. Weil lediglich die Mitgliedstaaten Adressaten der Verfahrenspflichten sind, kann es hier auch nicht auf den individualbegünstigenden Gehalt der entsprechenden Richtlinienbestimmung als Voraussetzung für die unmittelbare Wirkung ankommen. Allerdings unterscheidet sich die objektive unmittelbare Wirkung von der verfahrensrechtlichen unmittelbaren Wirkung dadurch, dass die Richtlinie 89/189/EWG keine inhaltlichen Regelungsvorgaben beinhaltet und somit nicht auf ihre Umsetzung in das nationale Recht der Mitgliedstaaten angelegt ist, so dass die Problematik der mittelbaren horizontalen Wirkung in multipolaren Rechtsverhältnissen hier nicht besteht. Aufgrund dieser Besonderheit ist die verfahrensrechtliche unmittelbare Wirkung als eigene Kategorie der unmittelbaren Wirkung anzusehen.

(c) Zwischenergebnis

Das Gemeinschaftsrecht genießt gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten lediglich einen Anwendungsvorrang und nicht – wie von den Vertretern des *legal review* angenommen – einen Geltungsvorrang. Richtlinien kommt folglich nicht in dem von den Vertretern des *legal review* angenommenen Umfang eine Maßstabs- und Kontrollfunktion für das mitgliedstaatliche Recht zu. Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts ist allerdings derart zu interpretieren, dass richtlinienwidriges nationales Recht – innerhalb der Grenzen der unmittelbaren Wirkung – nicht nur dann von hinreichend bestimmten und inhaltlich unbedingten Richtlinienbestimmungen verdrängt wird, wenn die kollidierenden

⁴⁶⁸ so auch Scherzberg, Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, Jura 1993, 225 (229)

Vorschriften unterschiedliche inhaltliche Regelungsvorgaben enthalten, sondern auch dann, wenn die Richtlinie ausschließlich an die Mitgliedstaaten gerichtete Verfahrenspflichten enthält.

(2) Verletzung einer Sonderbeziehung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaat

Es ist fraglich, ob die unmittelbare Wirkung aus der Verletzung einer Sonderbeziehung zwischen Mitgliedstaat und Gemeinschaftsbürger resultiert, wie von *Gellermann* angenommen wird.⁴⁶⁹

Zutreffend ist, dass Richtlinien in ihrer Normalfunktion keine normative Wirkung in dem Sinne zukommt, dass sie richtlinienwidriges nationales Recht gänzlich verdrängen und an dessen Stelle treten.⁴⁷⁰ Auch trifft die Annahme einer Sonderbeziehung zwischen dem Mitgliedstaat und dem Gemeinschaftsbürger zu, die der Mitgliedstaat durch die defizitäre Richtlinienumsetzung verletzt.

Zweifelhaft ist hingegen, ob dies den Schluss zulässt, dass Richtlinien niemals am Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts teilhaben können. Dies erscheint angesichts der Tatsache, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung zur vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung Richtlinien unter der Voraussetzung ihrer unmittelbaren Wirksamkeit „ähnliche Wirkungen“ wie Verordnungen zugesteht,⁴⁷¹ zweifelhaft und würde die Durchsetzungsfähigkeit unmittelbar wirksamer Richtlinien erheblich schmälern.

Der Auffassung von *Gellermann* zufolge würden die nationalen Gerichte bei der Anwendung unmittelbar wirksamer Richtlinienbestimmungen zudem legislative Funktionen wahrnehmen, die jedoch ausschließlich den mitgliedstaatlichen Gesetzgebungsorganen vorbehalten sind. Die Konstruktion von *Gellermann* scheitert daher an dem allen mitgliedstaatlichen Verfassungen zugrunde liegenden Rechtsstaatsprinzip, das eine klare Abgrenzung der rechtsprechenden Gewalt von der gesetzgebenden Gewalt zwingend voraussetzt. Zwar trifft es zu, dass die nationalen Gerichte berechtigt und auch verpflichtet sind, die nationalen Rechtsnormen über den Wortlaut des Gesetzes hinaus so zu interpretieren und gegebenenfalls fortzubilden, dass das Ergebnis der Rechtsanwendung im Einklang mit höherrangigen Normen des nationalen, internationalen und gemeinschaftlichen Rechts steht, was im

⁴⁶⁹ siehe hierzu unter b.

⁴⁷⁰ Zum Problem mittelbarer Kollisionen zwischen Richtlinienbestimmungen und nationalen Rechtsnormen, das im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung auftritt, siehe unter C.II.4.b.

⁴⁷¹ siehe dazu unter A.I.

Zusammenhang mit der richtlinienkonformen Auslegung noch von erheblicher Bedeutung sein wird.⁴⁷² Die Berücksichtigung höherrangiger Rechtsnormen mit der Folge der Nichtanwendung aller mit ihnen kollidierenden nationalen Rechtsvorschriften ist aber gegenüber der Gesetzesinterpretation und -fortbildung ein schwererer Eingriff in das Gewaltenteilungsprinzip, an dessen Zulässigkeit ein strenger Maßstab anzulegen ist. Daraus folgt, dass die nationalen Gerichte die höherrangigen Rechtsnormen nur dann berücksichtigen dürfen, wenn diese ihren Vorrang selbst anordnen. Wird ein derartiger Vorrang nicht angeordnet, sind die nationalen Gerichte schon aufgrund des Grundsatzes der Gesetzesbindung der Judikative, der im Geltungsbereich des Grundgesetzes in Art. 20 Abs. 3 GG normiert ist, gehindert, zumindest Gesetze im formellen Sinn unangewendet zu lassen. Demzufolge ist es ihnen verwehrt, diesen Vorrang unter Berufung auf das *estoppel*-Prinzip erst selbst zu schaffen und damit eine zuvor noch nicht existierende Rangordnung zu kreieren. Genau dies wäre aber die Folge der Auffassung von *Gellermann*, die folglich abzulehnen ist.

(3) Anordnung der unmittelbaren Wirkung durch den EuGH

Die von *Leonard* vertretene Auffassung,⁴⁷³ der zufolge Richtlinien grundsätzlich keine unmittelbare Geltung in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen entfalten, ist nicht überzeugend. Die Differenzierung zwischen Rechtssetzungsorganen, die durch die Richtlinie verpflichtet würden, und Rechtsanwendungsorganen, die allein an das nationale Recht gebunden seien, wirkt künstlich. Wollte man dieser Terminologie folgen, besäße die Rechtsanwendung zudem kaum noch eine eigenständige funktionale Bedeutung. Auch die Unterscheidung zwischen „primärer“ und „sekundärer“ Geltung von Richtlinien ist angesichts des Integrationsstandes der Gemeinschaftsrechtsordnung, die inzwischen ein integraler Bestandteil der nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ist, nicht sachgerecht. EG-Richtlinien besitzen ohnehin unmittelbare Geltung in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, so dass diese nicht erst durch den Europäischen Gerichtshof angeordnet werden muss.

Leonard ist insoweit zuzustimmen, als die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien das Ergebnis der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist, die dieser in richterlicher

⁴⁷² siehe hierzu unter § 9 C.

⁴⁷³ siehe unter c.

Rechtsfortbildung aus dem Primärrecht der Gemeinschaft hergeleitet hat. Allerdings geht *Leonard* nicht auf die Frage ein, welchen Grenzen der EuGH bei seiner richterlichen Rechtsfortbildung unterworfen ist. So wäre der Europäische Gerichtshof nach dieser Auffassung frei, die Grenzen der unmittelbaren Wirkung durch die Anordnung der unmittelbaren Geltung und Wirkung von Richtlinien auch in anderen Konstellationen beliebig – und letztlich auch jenseits der Grenzen des *estoppel*-Prinzips – festzusetzen, da allein seine Rechtsfortbildung konstitutiv für die unmittelbare Wirkung wäre. Aus diesem Grund ist *Leonard* gezwungen, doch wieder auf das *estoppel*-Prinzip als das tragende Element der unmittelbaren Wirkung zurückzugreifen, das ihre Reichweite bestimmt. Somit ist die Auffassung von *Leonard* abzulehnen.

(4) Zwischenergebnis

Weder der *legal review* noch die Auffassung von *Gellermann*, derzufolge die unmittelbare Wirkung Konsequenz der Verletzung einer Sonderverbindung zwischen Mitgliedstaat und Marktbürger ist, sind geeignet, den Effekt der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien zu erklären. Die Ansicht von *Leonard* ist abzulehnen, da sie Richtlinien jegliche unmittelbare Geltung abspricht, sofern sie nicht zusammen mit der unmittelbaren Wirkung durch den EuGH angeordnet wird. *Leonard* stellt zwar zutreffend fest, dass die unmittelbare Wirkung von Richtlinien das Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung durch den EuGH ist. Diese Tatsache lässt jedoch sowohl die Frage nach der gemeinschaftsrechtlichen Grundlage der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien als auch die Frage nach ihrer Reichweite unbeantwortet.

Im Rahmen einer eigenen Lösung wird daher erörtert, auf welchen Erwägungen die unmittelbare Wirkung beruht, um auf dieser Grundlage später untersuchen zu können, welchen Grenzen die richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH unterworfen ist und inwieweit diese Grenzen die Reichweite der unmittelbaren Wirkung beschränken.

(5) Eigene Lösung

Trotz ihrer unmittelbaren Geltung kommt Richtlinien kein normativer Charakter in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in dem Sinne zu, dass sie per se am

Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts partizipieren und richtlinienwidriges nationales Recht verdrängen. Nur unmittelbar wirksame Bestimmungen von EG-Richtlinien verdrängen aufgrund der richterlichen Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof kollidierendes nationales Recht. Ausgangspunkt für eine Erklärung der unmittelbaren Wirkung muss folglich die rechtsfortbildende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sein. Fraglich bleibt dann lediglich, auf welche Grundlage der Europäische Gerichtshof diese Rechtsprechung maßgeblich stützt.

In der Diskussion um die gemeinschaftsrechtliche Grundlage der unmittelbaren Wirkung lassen sich vornehmlich drei Argumentationslinien unterscheiden: So wird einerseits der gemeinschaftsrechtliche *effet utile* als Rechtfertigung der unmittelbaren Wirkung angeführt. Zusätzlich wird auf den Rechtsschutzgedanken Bezug genommen, den der EuGH in einer funktionalen Weise verwendet, indem er den einzelnen als zusätzliches Organ der Umsetzungskontrolle instrumentalisiert. Eine andere Argumentationslinie stellt das gemeinschaftswidrige Verhalten des säumigen Mitgliedsstaates in den Vordergrund, aus dem eine günstige Rechtsposition des einzelnen abgeleitet wird, indem entweder dem säumigen Mitgliedstaat die Möglichkeit abgesprochen wird, sich auf die fehlende Umsetzung zu berufen (*estoppel*-Prinzip), oder aber – komplementär dazu – dem einzelnen eine Rechtsposition zuerkannt wird, auf deren Bestehen er sich verlassen durfte (Grundsatz von Treu und Glauben). Eine dritte Auffassung betrachtet die unmittelbare Wirkung als Reflex der Gemeinschaftsrechtsordnung.

Die Auffassung, der zufolge die gemeinschaftsrechtliche Grundlage der unmittelbaren Wirkung im *estoppel*-Prinzip liegt, wird bereits der Reichweite der vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung nicht vollständig gerecht. So kann sie nicht erklären, warum z.B. einer Gemeinde, die keine Verantwortung für die fehlende bzw. defizitäre Umsetzung einer Richtlinie durch die mitgliedstaatlichen Gesetzgebungsorgane trägt, die unmittelbare Wirkung entgegengehalten werden kann. Auch für die objektive unmittelbare Wirkung von Richtlinien⁴⁷⁴ bietet das *estoppel*-Argument keine stichhaltige Grundlage. Darüber hinaus ist die häufig im Zusammenhang mit dem *estoppel*-Prinzip vorgenommene Heranziehung des Sanktionsgedankens⁴⁷⁵ zur Erklärung der unmittelbaren Wirkung irreführend, da dem Mitgliedstaat mangels eines insoweit bestehenden Umsetzungsspielraums keine größeren Verpflichtungen auferlegt werden als im Fall ordnungsgemäßer Richtlinienumsetzung. Die ursprüngliche Pflicht der Mitgliedstaaten, die Vorgaben der Richtlinie in ihr nationales Recht

⁴⁷⁴ siehe unter cc.

⁴⁷⁵ vgl. nur BVerfGE 75, 223 (241)

zu inkorporieren, wandelt sich mit Ablauf der Umsetzungsfrist lediglich in die Verpflichtung um, diejenigen Richtlinienbestimmungen, hinsichtlich derer ohnehin kein Umsetzungsspielraum besteht, als unmittelbar wirksames Recht anzuwenden.

Die Auffassung, die die unmittelbare Wirkung als Reflex der Gemeinschaftsrechtsordnung betrachtet, erkennt, dass unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen am Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts teilhaben und damit auch im innerstaatlichen Bereich Rechtswirkungen entfalten.

Dagegen kommt dem Erfordernis, den gemeinschaftsrechtlichen *effet utile* zu stärken, innerhalb der vom Europäischen Gerichtshof zur Rechtfertigung der unmittelbaren Wirkung herangezogenen Argumente maßgebliche Bedeutung zu. Die Rechtsharmonisierung durch Richtlinien wäre in ihrer Wirksamkeit erheblich beeinträchtigt, wenn die Missachtung der Umsetzungsverpflichtung lediglich die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen den säumigen Mitgliedstaat zur Folge hätte. Dieses Argument rechtfertigt als einziges auch alle unterschiedlichen Ausprägungen der unmittelbaren Wirkung und ist somit als ihre tragende Begründung anzusehen. Da das Argument des *effet utile* auch einer völlig uneingeschränkten unmittelbaren Wirkung von Richtlinien nicht entgegensteht, stellt sich weniger die Frage, wann eine unmittelbare Wirkung als Ausnahme von der „Normalfunktion“ der Richtlinie in Betracht kommt, sondern vielmehr, welche Gesichtspunkte gegen eine umfassende unmittelbare Wirkung sprechen.

cc. Kategorien der unmittelbaren Wirkung

Als Kategorien der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien kommen die subjektive unmittelbare Wirkung, die objektive unmittelbare Wirkung und die verfahrensrechtliche unmittelbare Wirkung in Betracht.

Es ist umstritten, ob zwischen subjektiver unmittelbarer Wirkung und objektiver unmittelbarer Wirkung zu unterscheiden ist oder ob lediglich eine einheitliche Kategorie der unmittelbaren Wirkung existiert. Nach dieser Unterscheidung bezeichnet die subjektive unmittelbare Wirkung die Fälle, in denen die Rechte des einzelnen, die dieser aus EG-Richtlinien ableiten und gegenüber dem säumigen Mitgliedstaat geltend machen kann, im Vordergrund stehen. Die objektive unmittelbare Wirkung ist dadurch gekennzeichnet, dass eine unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmung Behörden zu einem bestimmten Handeln und Unterlassen verpflichtet.

Diese Unterscheidung wird im Schrifttum teilweise kritisiert. So lehnt *Ruffert* die objektive unmittelbare Wirkung von Richtlinien gänzlich ab. Da die unmittelbare Wirkung unabhängig von subjektiven Rechten eintrete, bedürfe es einer zusätzlichen Kategorie nicht.⁴⁷⁶ Eine andere Auffassung sieht durch *Großkrotzenburg* die Frage nach der Fähigkeit rein objektiver Richtlinien, innerstaatlich unmittelbar zu wirken, in einem positiven Sinne beantwortet.⁴⁷⁷ Nach einer weiteren Ansicht folgt aus *Großkrotzenburg* die Aufgabe des Erfordernisses der Individualbegünstigung einer Richtlinienbestimmung als Voraussetzung ihrer unmittelbaren Wirkung, so dass es für die Frage der unmittelbaren Wirkung nicht mehr auf das Vorliegen subjektiver Rechte ankäme.⁴⁷⁸ *Scherzberg* unterschied dagegen bereits vor *Großkrotzenburg* zwischen der subjektiven und der objektiven unmittelbaren Wirkung als voneinander zu unterscheidenden Ausprägungen der unmittelbaren Wirkung.⁴⁷⁹

Nach der hier vertretenen Auffassung stellen die subjektive unmittelbare Wirkung und die objektive unmittelbare Wirkung zwei voneinander zu unterscheidende Kategorien der unmittelbaren Wirkung dar. Wenngleich sich der Rechtsprechung des Gerichtshofes eine derartige Differenzierung nicht mit hinreichender Klarheit entnehmen lässt, ist der individualbegünstigende Charakter einer Richtlinienbestimmung eine aus der Natur der unmittelbaren Wirkung resultierende Voraussetzung ihrer subjektiven unmittelbaren Wirkung, die auch mit der Anerkennung einer objektiven unmittelbaren Wirkung nicht überflüssig wird. Dies folgt aus dem Charakter der unmittelbaren Wirkung als Hilfskonstruktion zur temporären Aktivierung von Teilen der Richtlinie, deren Rechtswirkungen nur so weit reichen können wie die der hypothetisch erfolgten Umsetzungsmaßnahme. Die subjektive unmittelbare Wirkung kommt somit nur insoweit in Betracht, als das Gemeinschaftsrecht bei der Richtlinienumsetzung die Einräumung einer einklagbaren subjektiven Rechtsposition fordert.⁴⁸⁰ Hierfür spricht auch, dass der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *Francovich*⁴⁸¹ die Haftung der Mitgliedstaaten bei nicht fristgerechter Umsetzung einer Richtlinie von dem individualbegünstigenden Charakter der nicht umgesetzten Richtlinienbestimmung abhängig macht.⁴⁸² Demgegenüber beruht die objektive unmittelbare Wirkung auf der Erwägung, die in einer

⁴⁷⁶ Ruffert in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, Art. 249 (Rn. 94)

⁴⁷⁷ Gellermann, Auflösung von Normwidersprüchen zwischen europäischem und nationalem Recht, DÖV 1996, 433 (436 ff.)

⁴⁷⁸ Epiney, Unmittelbare Anwendbarkeit und objektive Wirkung von Richtlinien, DVBl. 1996, 409 (412);

Pechstein, Die Anerkennung der rein objektiven unmittelbaren Richtlinienwirkung, EWS 1996, 261 (264)

⁴⁷⁹ Scherzberg, Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, Jura 1993, 225 (229)

⁴⁸⁰ siehe dazu unter A.III.4.

⁴⁸¹ EuGH, Urt. v. 19.11.1991, Rs. C-6 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357

⁴⁸² siehe dazu unter A.III.4.

Richtlinienbestimmung enthaltene Verpflichtung mitgliedstaatlicher Behörden zu einem bestimmten Handeln und Unterlassen im Wege der unmittelbaren Wirkung durchzusetzen. Ein individualbegünstigender Charakter der unmittelbar wirksamen Richtlinienbestimmung ist gerade nicht Voraussetzung für die objektive unmittelbare Wirkung.⁴⁸³

Die subjektive unmittelbare Wirkung und die objektive unmittelbare Wirkung unterscheiden sich auch bezüglich ihrer Reichweite. So stellt sich die Problematik der mittelbaren horizontalen Wirkung, d.h. der in Mehrpersonenverhältnissen zwischen zwei Privatpersonen und der staatlichen Behörde eines Mitgliedsstaates auftretenden unmittelbaren Wirkung, bei der sich ein einzelner gegenüber der staatlichen Behörde auf eine für ihn günstige Richtlinienbestimmung berufen kann, durch die jedoch – vermittelt durch das Handeln der Behörde – ein anderer belastet wird, ausschließlich in Zusammenhang mit der objektiven unmittelbaren Wirkung. Dagegen ist im Anwendungsbereich der objektiven unmittelbaren Wirkung, die sich zunächst immer gegen eine staatliche Behörde richtet, eine unmittelbare horizontale Wirkung, d.h. eine unmittelbare Wirkung im Verhältnis zwischen zwei Privatpersonen bereits begriffsnotwendig ausgeschlossen. Ein einheitlicher Begriff der unmittelbaren Wirkung ist daher zu schematisch, um alle in ihren einzelnen Kategorien auftretenden Fragen befriedigend beantworten zu können.

Durch seine Entscheidungen zur Richtlinie 83/189/EWG hat der Gerichtshof mit der verfahrensrechtlichen unmittelbaren Wirkung schließlich eine weitere Kategorie dieser Rechtsfigur geschaffen.⁴⁸⁴ Sie bewirkt, dass Richtlinienbestimmungen, die an Mitgliedstaaten gerichtete Verfahrenspflichten beinhalten und hinreichend bestimmt sowie inhaltlich unbedingt sind, der Anwendung von unter Verstoß gegen diese Verfahrensbestimmungen erlassenen nationalen Vorschriften entgegen stehen. Die Reichweite dieser Kategorie ist noch weitgehend ungeklärt, da der Gerichtshof bislang nur Vorschriften der Richtlinie 71/305/EWG eine verfahrensrechtliche unmittelbare Wirkung zuerkannt hat.

2. Grenzen der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien

EG-Richtlinien wird durch Art. 249 Abs. 3 EG, ihre vertraglichen Ermächtigungsgrundlagen sowie durch die Strukturprinzipien und allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts eine weitgehend klar definierte Position innerhalb der

⁴⁸³ siehe dazu unter I.2.a.ff.

⁴⁸⁴ vgl. dazu unter bb. (1) (b)

Gemeinschaftsrechtsordnung zugewiesen. Die Eigenart der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien als Produkt richterlicher Rechtsfortbildung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese Positionierung auch für den „pathologischen“ Fall der unmittelbaren Wirkung ihre Gültigkeit behält und der in Art. 220 EG verankerten Befugnis des Europäischen Gerichtshofes zur Weiterentwicklung dieser Rechtsfigur möglicherweise Grenzen setzt. Andererseits ist denkbar, dass die durch das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten bedingten Schranken der europäischen Integration die Reichweite der unmittelbaren Richtlinienwirkung einschränken. Im Folgenden soll untersucht werden, ob die Reichweite der unmittelbaren Wirkung durch das Primärrecht der Gemeinschaft bzw. den unabänderlichen Verfassungskern der Verfassungen der Mitgliedstaaten⁴⁸⁵ beschränkt wird.

Die Anwendung einer unmittelbar wirksamen Richtlinienbestimmung kann auch innerhalb dieser Grenzen ausscheiden, wenn ihr im konkreten Anwendungsfall höherrangiges Recht entgegensteht. Da es hierfür auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls ankommt, müssen derartige Fälle für die notwendigerweise auf grundsätzliche Erwägungen beschränkte Untersuchung außer Betracht bleiben.

a. Begrenzung der unmittelbaren Wirkung durch das Primärrecht der Europäischen Gemeinschaft

Die Rechtsfigur der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien ist als vom Europäischen Gerichtshof entwickeltes Prinzip zur Sicherung des Gemeinschaftsrechts Bestandteil der gemeinschaftlichen Rechtsordnung. Damit stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die unmittelbare Wirkung zum Primärrecht der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere seinen Strukturprinzipien und allgemeinen Rechtsgrundsätzen steht. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Europäische Gerichtshof die Rechtsfigur der unmittelbaren Wirkung, die im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht ausdrücklich vorgesehen ist, selbst an den Prinzipien des Gemeinschaftsrechts unter Einbeziehung des Rechtsstaatsprinzips ausgerichtet hat, so dass weniger das Problem einer möglichen Kollision mit primärrechtlichen Gemeinschaftsprinzipien im Vordergrund steht, sondern vielmehr die Frage nach der Reichweite der unmittelbaren Wirkung.

Erkennt man in Übereinstimmung mit dem Europäischen Gerichtshof an, dass die unmittelbare Wirkung als Instrument zur Effektuierung des Gemeinschaftsrechts im Vertrag

⁴⁸⁵ Diese Frage wird am Beispiel der Verfassungen Deutschlands und Frankreichs erörtert.

zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft angelegt war, bestehen gegen sie im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit primärem Gemeinschaftsrecht keine Bedenken, soweit sie zu einer Begünstigung der Gemeinschaftsbürger führt, wie im „klassischen“ Fall der vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung. Problematisch sind dagegen alle Fallgestaltungen, in denen die unmittelbare Wirkung in Belastungen der Gemeinschaftsbürger resultiert. In diesen Konstellationen stehen möglicherweise der Grundsatz des Vertrauensschutzes und der Vorbehalt des Gesetzes als Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips einer umfassenden unmittelbaren Wirkung entgegen.

Mangels einer geschriebenen Fixierung der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts kommt der Ausprägung dieser Grundsätze durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes maßgebliche Bedeutung zu. Der Gerichtshof gewinnt die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts im Wege der wertenden Rechtsvergleichung aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und den für die Mitgliedstaaten bindenden internationalen Verträgen zum Schutz der Menschenrechte.⁴⁸⁶ Insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention⁴⁸⁷ ist dabei eine wichtige Rechtserkenntnisquelle.⁴⁸⁸

aa. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes und der mit ihm synonym verwendete Grundsatz der Rechtssicherheit sind vom Europäischen Gerichtshof als allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts anerkannt.⁴⁸⁹ Um die Bedeutung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes für die Reichweite der unmittelbaren Wirkung beurteilen zu können, ist es sinnvoll, zwei Rechtsverhältnisse voneinander zu unterscheiden, das Rechtsverhältnis zwischen den am Erlass der jeweiligen Richtlinie beteiligten Gemeinschaftsorganen und den Marktbürgern sowie das Verhältnis zwischen dem säumigen Mitgliedstaat und den Marktbürgern.

⁴⁸⁶ EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, I-1125 (Rn. 4); Urt. v. 14.5.1974, Rs. 4/73 (Nold), Slg. 1974, 491 (Rn. 13)

⁴⁸⁷ Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, gem. Bekanntmachung v. 15.12.1953 (BGBl. 1954 II, 14) am 3.9.1953 in Kraft getreten

⁴⁸⁸ EuGH, Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79 (Hauer), Slg. 1979, I-3727 (Rn. 15); Urt. v. 21.9.1989, Rs. 46/87 (Hoechst), Slg. 1989, I-2859 (Rn. 13)

⁴⁸⁹ EuGH, Urt. v. 21.9.1983, Verb. Rs 205 bis 215/82 (Milchkontor), Slg. 1983, I-2633 (Rn. 30); Urt. v. 10.1.1992, Rs. C-177/90 (Kühn), Slg. 1992, I-35, Rn. 13, 16

(1) Verhältnis Gemeinschaft - Marktbürger

Ob der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz des Vertrauensschutzes im Rechtsverhältnis zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Marktbürgern zum Tragen kommt, muss bezweifelt werden. Nach dem derzeitigen Stand der – insoweit rechtskonstituierenden – Judikatur des Europäischen Gerichtshofes kommt eine Berufung auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes nur dort in Betracht, wo die Gemeinschaftsorgane zuvor einen objektiven Vertrauenstatbestand geschaffen haben, indem sie eine vorteilhafte Rechtsposition gewährt oder zur Erwartung einer solchen Anlass gegeben haben und sich so im Hinblick auf ihr zukünftiges Handeln grundsätzlich gebunden haben.⁴⁹⁰

Der Schutz vor zukünftigen Belastungen durch unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen zielt demgegenüber auf die Erhaltung einer bereits bestehenden neutralen Rechtslage ab. Auch ist fraglich, ob das Gemeinschaftsrecht einen allgemeinen Vertrauenstatbestand enthält, dem zufolge die Marktbürger erst nach der ordnungsgemäßen Richtlinienumsetzung belastenden Maßnahmen unterworfen werden dürfen. Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft bezieht hierzu nicht klar Stellung. Die für Richtlinien zentrale Vorschrift des Art. 249 Abs. 3 EG ist vielseitig interpretierbar und daher diesbezüglich nicht eindeutig. Hinzu kommt, dass der Gerichtshof hinsichtlich der Anerkennung einer schutzwürdigen Erwartung ein „engmaschiges Netz vertrauensvernichtender Kriterien geknüpft hat, das nur in außergewöhnlichen Situationen berechnete Erwartungen zulässt“.⁴⁹¹ Im Rechtsverhältnis zwischen den am Erlass der jeweiligen Richtlinie beteiligten Gemeinschaftsorganen und den Marktbürgern lässt der Grundsatz des Vertrauensschutzes demnach keine Aussage zur Reichweite der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien zu.

(2) Verhältnis Mitgliedstaat - Marktbürger

Anders ist die Situation im Verhältnis zwischen dem säumigen Mitgliedstaat und den betroffenen Marktbürgern zu beurteilen. Durch ihren Beitritt zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft haben sich die Mitgliedstaaten verpflichtet, ihren Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, die auch die ordnungsgemäße Umsetzung der an sie gerichteten

⁴⁹⁰ Borchardt, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 140 f.

⁴⁹¹ Borchardt, Vertrauensschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht, EuGRZ 1988, 309 (312)

EG-Richtlinien binnen der Umsetzungsfrist umfassen, nachzukommen. Da sie Gemeinschaftsrecht vollziehen, sind sie zumindest insoweit dessen allgemeinen Rechtsgrundsätzen unterworfen, als die Bestimmungen der Richtlinie aufgrund ihrer Detailliertheit einen Umsetzungsspielraum ausschließen.⁴⁹² Die vom Regelungsbereich der Richtlinie betroffenen Marktbürger dürfen folglich darauf vertrauen, dass der Mitgliedstaat ihnen gesicherte Individualrechtspositionen aus der Richtlinie fristgemäß einräumt. Versäumt der Mitgliedstaat diese Frist, dürfen sie diese Positionen, d.h. alle durch hinreichend klare, unbedingte und begünstigende Bestimmungen der Richtlinie geschaffenen Rechte, in der nationalen Rechtsordnung gegenüber dem Mitgliedstaat einschließlich aller nach Art. 10 EG zur Richtlinienumsetzung verpflichteten innerstaatlichen Stellen geltend machen.⁴⁹³

Dagegen haben die Marktbürger keinen Anlass, darauf zu vertrauen, dass der Mitgliedstaat seiner Pflicht zur fristgerechten Richtlinienumsetzung nicht nachkommt. Somit müssen sie von dem Zeitpunkt an, in dem die Umsetzungsfrist abläuft, grundsätzlich damit rechnen, aus der Richtlinie in Anspruch genommen zu werden. Zwar dürfen sie darauf vertrauen, dass die Belastung nicht unmittelbar aus der Richtlinie, sondern vermittelt durch den nationalen Umsetzungsakt erfolgt.⁴⁹⁴ Allerdings ist es zweifelhaft, ob dieser Unterschied im Hinblick auf unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen von Bedeutung sein kann. Stellt man lediglich auf die materielle Rechtslage ab, wäre es für die betroffenen Marktbürger unerheblich, ob sie aus nationalem Recht oder aus der Richtlinie in Anspruch genommen werden. Somit steht der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz des Vertrauensschutzes einer Anerkennung der unmittelbaren und mittelbaren horizontalen Wirkung von Richtlinien nicht entgegen.

Hat der Mitgliedstaat dagegen eine Umsetzungsmaßnahme erlassen, kann der Gemeinschaftsbürger grundsätzlich von der Gemeinschaftskonformität dieser Maßnahme ausgehen. Etwas anderes gilt für den Fall, dass die Umsetzungsmaßnahme offensichtlich die Anforderungen der Richtlinie nicht erfüllt, wobei die Anforderungen an die Erkennbarkeit der Gemeinschaftswidrigkeit nicht zu hoch angesetzt werden dürfen. Dementsprechend sind nach der Auffassung von *Gellermann* in multipolaren Rechtsverhältnissen Vertrauensschutzaspekte zugunsten mittelbar belasteter Dritter nur dann zu berücksichtigen, wenn die

⁴⁹² so auch BVerfG, EuR 1989, 270; Gerstner/Goebel, Grundrechtsschutz in Europa, Jura 1993, 626 (632); Rengeling, Grundrechtsschutz in der EG, 190; a.A. Kingreen, in Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, Art. 6 EUV (Rn. 59)

⁴⁹³ Borchardt, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, 86

⁴⁹⁴ nach Gellermann, Beeinflussung, 181 ff. soll der einzelne dagegen nur bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist darauf vertrauen können, dass ihm aus einer Richtlinie resultierende Belastungen ausschließlich vermittelt durch die nationale Umsetzungsmaßnahme entgegen gehalten werden.

Gemeinschaftswidrigkeit der Umsetzung selbst einem „besonnenen und umsichtigen Wirtschaftsteilnehmer“ nicht ohne weiteres erkennbar ist. In diesem Fall muss ausnahmsweise das Vertrauen des Betroffenen gegenüber den Gesichtspunkten, die für eine Durchsetzung der unmittelbar wirksamen Richtlinienbestimmung sprechen, im Wege einer Einzelfallentscheidung abgewogen werden.⁴⁹⁵ Dagegen ist es dem Mitgliedstaat, der seine Umsetzungspflicht verletzt hat, verwehrt, einzelne unmittelbar aus der Richtlinie in Anspruch zu nehmen.

bb. Der Vorbehalt des Gesetzes

Einer uneingeschränkten unmittelbaren Wirkung könnte weiterhin der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes entgegenstehen.

(1) Ausprägung des gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalts

Der Gerichtshof hat sich bislang nur in wenigen Entscheidungen zum gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalt geäußert. Im Rahmen seiner Rechtsprechung zu den Grundrechten der Gemeinschaft stellte er fest, dass die Grundrechte im Rahmen einer gemeinsamen Marktorganisation Beschränkungen unterworfen sein können. So macht sich der Gerichtshof in der Rechtssache *Hauer*⁴⁹⁶ Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK zueigen, wonach „niemandem sein Eigentum entzogen werden [darf], es sei denn, dass das öffentliche Interesse es verlangt, und nur unter den durch Gesetz und die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts vorgesehenen Bedingungen“.⁴⁹⁷ Hiervon unberührt bleibe jedoch nach dieser Bestimmung das „Recht des Staates, diejenigen Gesetze anzuwenden, die er für die Regelung der Benutzung des Eigentums im Einklang mit dem Allgemeininteresse [...] für erforderlich hält“.⁴⁹⁸ In diesem Zusammenhang weist der Gerichtshof darauf hin, dass auch die Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten es dem nationalen Gesetzgeber erlauben, die Benutzung des Privateigentums im Allgemeininteresse zu regeln.⁴⁹⁹ Den Entscheidungsgründen ist zu entnehmen, dass der Gerichtshof Beeinträchtigungen des

⁴⁹⁵ Gellermann, *Beeinflussung*, 181 ff.; vgl. auch unter 2.b.cc.

⁴⁹⁶ EuGH, Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, I-3727

⁴⁹⁷ EuGH, Urt. v. 13.12.1979, a.a.O. (Rn. 18)

⁴⁹⁸ EuGH, Urt. v. 13.12.1979, a.a.O. (Rn. 18)

⁴⁹⁹ EuGH, Urt. v. 13.12.1979, a.a.O. (Rn. 20)

Eigentumsrechts nur dann für zulässig erachtet, wenn sie auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung erfolgen.⁵⁰⁰ Damit hat der Gerichtshof implizit den Vorbehalt des Gesetzes zumindest im Bereich der Eigentumsfreiheit gebilligt.

Erst in der Rechtssache *Hoechst*⁵⁰¹ hat der Europäische Gerichtshof den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes auch ausdrücklich als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt. Danach „bedürfen [...] Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre der privaten Betätigung jeder – natürlichen oder juristischen – Person einer Rechtsgrundlage und müssen aus den gesetzlich vorgesehenen Gründen gerechtfertigt sein“.⁵⁰² Der Vorbehalt des Gesetzes soll sich nach Auffassung des Gerichtshofes nicht lediglich im strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot niederschlagen,⁵⁰³ sondern darüber hinaus auch Sanktionen gegen Gemeinschaftsbürger, die keinen strafrechtlichen Charakter besitzen, ausschließen, sofern diese nicht auf einer klaren und unzweideutigen Rechtsgrundlage beruhen.⁵⁰⁴ Eine Rechtsgrundlage wird damit über den Bereich spezifischer Grundrechtseingriffe hinaus für die gesamte Eingriffverwaltung der Europäischen Gemeinschaft gefordert.⁵⁰⁵

Unklar bleibt allerdings, wann eine derartige, den Anforderungen des gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalts genügende Rechtsgrundlage vorliegt. Der EuGH hat sich dazu bislang noch nicht geäußert. Die in der deutschen Verfassungsrechtsprechung entwickelte Wesentlichkeitstheorie⁵⁰⁶ kann nicht ohne weiteres auf die Ebene der Gemeinschaft übertragen werden, da dem Europäischen Parlament nicht in demselben Maße eine staatliches Handeln legitimierende Funktion zukommt wie den mitgliedstaatlichen Parlamenten. Eine unkritische Übertragung der im deutschen Recht getroffenen Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Gesetzen auf das Gemeinschaftsrecht erscheint daher unabhängig von der wachsenden Bedeutung des Europäischen Parlaments als verfehlt.⁵⁰⁷ Unstreitig stellen jedenfalls EG-Verordnungen, die unter Beachtung der in den Art. 250 ff. EG niedergelegten Verfahrensvorschriften erlassen wurden und auch in materieller Hinsicht rechtmäßig sind, eine ausreichende Rechtsgrundlage für Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Privatsphäre der Gemeinschaftsbürger dar.

⁵⁰⁰ so auch Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, 165 f.

⁵⁰¹ EuGH, Urt. v. 21.9.1989, Verb. Rs. 46/87 und 227/88, Slg. 1989, I-2859

⁵⁰² EuGH, Urt. v. 21.9.1989, a.a.O. (Rn. 19)

⁵⁰³ EuGH, Urt. v. 10.7.1984, Rs. 63/83 (Regina/Kirk), Slg. 1984, I-2689 (Rn. 21)

⁵⁰⁴ EuGH, Urt. v. 25.9.1984, Rs. 117/83 (Könecke), Slg. 1984, I-3291 (Rn. 11); Urt. v. 12.12.1990, Rs. C-172/89 (Vandemoortele), I-4677 (Rn. 9)

⁵⁰⁵ Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, 169

⁵⁰⁶ dazu siehe sogleich unter b.a.a. (3) (b)

⁵⁰⁷ zweifelhaft daher Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, 95 ff.

Problematisch ist hingegen, ob solche Eingriffe auch auf der Grundlage von EG-Richtlinien zulässig sind. Aus der Tatsache, dass unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen zur Regelung der Rechtsstellung des einzelnen bestimmt sind, kann nicht bereits auf ihren Gesetzescharakter geschlossen werden.⁵⁰⁸ Somit ist zu prüfen, ob unmittelbar wirksame Bestimmungen von EG-Richtlinien als Rechtsgrundlage für unmittelbar belastende Eingriffe angesehen werden können. Die unmittelbare Wirkung kann jedoch je nach der Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses, in dem sie zutage tritt, zu Eingriffen von verschiedener Art und Intensität führen. Demnach muss die Zulässigkeit belastender Eingriffe für jede Kategorie der unmittelbaren Wirkung gesondert beurteilt werden. Nicht erörtert werden muss die Kategorie der vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung, da sie per definitionem nicht zu Belastungen des einzelnen und damit auch nicht zu einem Eingriff in seine Privatsphäre führen kann.

(2) Vereinbarkeit der vertikal belastenden unmittelbaren Wirkung mit dem Gesetzesvorbehalt

Abgesehen von vereinzelten Befürwortern einer vertikal belastenden unmittelbaren Wirkung wird einhellig davon ausgegangen, dass die Mitgliedstaaten auf der alleinigen Grundlage von Richtlinien nicht unmittelbar verpflichtende Maßnahmen gegen Gemeinschaftsbürger erlassen oder sie strafrechtlich in Anspruch nehmen können. In *Marshall I*⁵⁰⁹ und *Kolpinghuis Nijmegen*⁵¹⁰, den „leading cases“ zur Ablehnung der vertikal belastenden unmittelbaren Wirkung, lässt der Europäische Gerichtshof allerdings den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes unerwähnt. Aufschlussreicher ist die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Umsetzungspflicht von Richtlinien. Wie bereits dargelegt wurde,⁵¹¹ betrachtet der Gerichtshof die unmittelbare Wirkung lediglich als „Mindestgarantie“, die die fristgerechte Richtlinienumsetzung nicht überflüssig macht und keinesfalls als ausreichende Umsetzung betrachtet werden kann.⁵¹² Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes kann nur die vollständige Umsetzung der Richtlinie die erforderliche Rechtssicherheit und -klarheit gewährleisten.⁵¹³

⁵⁰⁸ vgl. Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, 87 ff.

⁵⁰⁹ EuGH, Urt. v. 26.2.1986, Rs. 152/84, Slg. 1986, I-723 (Rn. 48)

⁵¹⁰ EuGH, Urt. v. 8.10.1987, Rs. 80/86, Slg. 1987, 3969 (3985 f.)

⁵¹¹ siehe § 3 D. I.

⁵¹² EuGH, Urt. v. 6.5.1980, Rs. 102/79 (Kommission ./ Belgien), Slg. 1980, I-1473 (1485 ff.); Urt. v. 11.8.1995, Rs. C-433/93, Slg. 1995, I-2303 (Rn. 24)

⁵¹³ EuGH, Urt. v. 25.7.1991, Rs. C-208/90 (Emmot), Slg. 1991, I-4269 (Rn. 21 f.)

Dagegen wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, dass Richtlinien den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts genügen. Durch das gemeinschaftsrechtliche Gesetzgebungsverfahren, das beim Erlass von Richtlinien zur Anwendung gelangt, und aufgrund der seit Inkrafttreten des Vertrages von Maastricht für die überwiegende Anzahl der Richtlinien bestehenden Veröffentlichungspflicht sei die erforderliche Dignität und Legitimität der Richtlinie gewährleistet. Etwas anderes gelte nur insoweit, als dem einzelnen durch die Richtlinie Verpflichtungen strafrechtlicher Natur auferlegt würden. Aufgrund der erhöhten Anforderungen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots sei es den Gemeinschaftsbürgern nämlich nicht zuzumuten, zu prüfen, welche strafbewehrten Pflichten sich für sie aus der Richtlinie ergeben.⁵¹⁴

Dieser Ansicht zufolge müsste man im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt eine Pflicht zur Richtlinienumsetzung für unmittelbar wirksame Normen – die dann ja als rechtlich vollkommen im Sinne des Gesetzesvorbehalts einzustufen wären – ablehnen, wenn sie keine strafrechtliche Verpflichtung begründen, da die Umsetzung dann insoweit ihre Bedeutung verlöre.⁵¹⁵ Dies erscheint auch außerhalb des Anwendungsbereichs des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes, der einen Spezialfall des Gesetzesvorbehalts darstellt, als problematisch. Angesichts der oftmals schwierigen Entscheidung, ob eine Richtlinienbestimmung in normstruktureller Hinsicht der unmittelbaren Wirkung fähig ist, bestehen Bedenken hinsichtlich der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit immer dann, wenn die unmittelbare Wirkung zu unmittelbaren Belastungen einzelner führt. Demgegenüber wird die Auffassung des Gerichtshofes dem Charakter der unmittelbaren Wirkung als „Zwischenlösung“ bis zur vollständigen Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht gerecht. Somit ist die vertikal belastende unmittelbare Wirkung mit dem gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalt unvereinbar.⁵¹⁶

⁵¹⁴ Kühling/Röckinghausen, Legislative Umsetzungsdefizite und exekutive Schadensbegrenzung, DVBl. 1999, 1614 (1617 ff.), die allerdings den Standpunkt vertreten, dass die unmittelbare Wirkung von Richtlinien nach gesicherter Rechtsprechung des Gerichtshofes ausgeschlossen ist, soweit sie unmittelbare Verpflichtungen des Gemeinschaftsbürgers begründet.

⁵¹⁵ ähnlich Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt, 92

⁵¹⁶ vgl. Triantafyllou, a.a.O., 91, der eine „Umgehung“ der Umsetzungsfrist im Wege der unmittelbaren Wirkung generell nur zu Gunsten, nicht aber zu Lasten des einzelnen zulassen will. Der Umsetzungsvorbehalt werde somit zum klassischen Gesetzesvorbehalt.

(3) Vereinbarkeit der horizontalen unmittelbaren Wirkung mit dem Gesetzesvorbehalt

Dagegen ist die horizontale unmittelbare Wirkung mit dem gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalt vereinbar, da der Anwendungsbereich des Gesetzesvorbehalts auf Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Rechtssphäre natürlicher oder juristischer Personen des Privatrechts beschränkt ist, die horizontale unmittelbare Wirkung jedoch nur in Rechtsverhältnissen zwischen mehreren Privatrechtssubjekten zum Tragen kommt. Im Anwendungsbereich der horizontalen unmittelbaren Wirkung besteht somit kein Raum für eine Anwendung des Gesetzesvorbehalts, weil jede hinreichend bestimmte, inhaltlich unbedingte und individualbegünstigende Richtlinienbestimmung nach Ablauf der Umsetzungsfrist grundsätzlich der unmittelbaren Wirkung fähig ist, ohne dass es hierzu eines Aktes der öffentlichen Gewalt bedürfte.

(4) Vereinbarkeit der mittelbaren horizontalen Wirkung mit dem Gesetzesvorbehalt

Die objektive unmittelbare Wirkung von Richtlinien ist im Hinblick auf den gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalt unproblematisch, soweit sie lediglich zu einer Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Behörden führt. Fraglich ist dagegen, ob der Gesetzesvorbehalt die mittelbare Belastung von Gemeinschaftsbürgern als Folge der objektiven unmittelbaren Wirkung von Richtlinien in multipolaren Rechtsverhältnissen zulässt, wobei der Belastung eines Gemeinschaftsbürgers in der Regel die Begünstigung eines anderen gegenüber steht. Im Schrifttum wird diese Frage uneinheitlich beurteilt.⁵¹⁷

Die Befürworter der mittelbaren horizontalen Wirkung heben hervor, dass die objektive unmittelbare Wirkung in erster Linie die mitgliedstaatlichen Behörden betrifft, weshalb die Belastung Dritter lediglich reflexartig sei.⁵¹⁸ Auch sei der Dritte, der bei ordnungsgemäßer Umsetzung der Richtlinie ohnehin belastet worden wäre, weniger schutzbedürftig als der auf die Richtlinienbestimmung Vertrauende.⁵¹⁹ Der Europäische Gerichtshof scheint ebenfalls dieser Auffassung zuzuneigen. So geht aus der Entscheidung *Großkrotzenburg*⁵²⁰ hervor, dass

⁵¹⁷ siehe die ausführliche Darstellung der Diskussion unter II.3.

⁵¹⁸ Callies, Zur unmittelbaren Wirkung der EG-Richtlinie über die Umweltverträglichkeitsprüfung und ihrer Umsetzung im deutschen Immissionsschutzrecht, NVwZ 1996, 339 (341); Hölscheidt, Abschied vom subjektiv-öffentlichen Recht?, EuR 2001, 376 (389); in diesem Sinne wohl auch Langenfeld, Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien, DÖV 1992, 955 (960 f.)

⁵¹⁹ Rengeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der EU, Rn. 908

⁵²⁰ EuGH, Urt. v. 11.8.1995, Rs. C-431/92, Slg. 1995, I-2189

der Gerichtshof jedenfalls die Belastung des einzelnen mit Verfahrenspflichten durch unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen für zulässig hält.

Dieses Ergebnis steht jedoch in einem Spannungsverhältnis mit dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache *Hoechst*⁵²¹ und seinen Entscheidungen zur ordnungsgemäßen Richtlinienumsetzung⁵²². Danach scheidet eine objektive unmittelbare Wirkung jedenfalls insoweit aus, als die öffentliche Gewalt in die Sphäre privater Betätigung der Marktbürger eingreift. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die lediglich mittelbare Belastung des Dritten, die daraus resultiert, dass der Mitgliedstaat alleiniger Adressat der objektiven unmittelbaren Wirkung ist, im Hinblick auf den gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalt bedenklich. Denn die mitgliedstaatliche Behörde ist zur Anwendung der unmittelbar wirksamen Richtlinienbestimmung und damit zum Erlass belastender Maßnahmen gegenüber dem Dritten verpflichtet. Sie verfügt insoweit über keinen Ermessensspielraum. Ein Unterschied zur vertikalen unmittelbaren Wirkung besteht damit faktisch lediglich in der fehlenden Finalität der Belastung. Aus dem Blickwinkel des betroffenen Gemeinschaftsbürgers kann es aber keinen Unterschied machen, ob die Beeinträchtigung seiner Rechtssphäre mittelbar oder unmittelbar bzw. reflexartig oder zielgerichtet ist. Maßgeblich im Sinne des Gesetzesvorbehalts muss vielmehr die faktische Belastungswirkung sein, deren Vorliegen in jedem Einzelfall festgestellt werden muss und die dann gegebenenfalls zum Ausschluss der mittelbaren horizontalen Wirkung führt.⁵²³

Daraus folgt, dass die mittelbare horizontale Wirkung dann mit dem gemeinschaftsrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes unvereinbar ist, wenn die mittelbare Belastung eines Dritten einen Eingriff in die Sphäre seiner privaten Betätigung darstellt, der seine Rechtsposition erheblich beeinträchtigt. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn dem Dritten infolge der mittelbaren horizontalen Wirkung materielle Rechte vorenthalten werden, die aus dem nationalen Recht resultieren. Dagegen ist die Belastung des Dritten mit Verfahrenspflichten grundsätzlich zulässig, wenn sie nicht unmittelbar zum Verlust materieller Rechte führt. Inwieweit die Belastungswirkung über die verfahrensrechtliche Belastung bis zur Grenze des Verlustes materieller Rechte hinausgehen darf, ist in der Rechtsprechung des Gerichtshofes noch ungeklärt. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur ordnungsgemäßen Richtlinienumsetzung⁵²⁴ deutet aber darauf hin, dass die Reichweite der objektiven unmittelbaren Wirkung restriktiv zu interpretieren ist.

⁵²¹ EuGH, Urt. v. 21.9.1989, Verb. Rs. 46/87 und 227/88, Slg. 1989, I-2859

⁵²² siehe unter § 6 B.

⁵²³ so auch Royla/Lackhoff, Die innerstaatliche Beachtlichkeit von EG-Richtlinien und das Gesetzmäßigkeitsprinzip, DVBl. 1998, 1116 (1118 ff.)

⁵²⁴ siehe unter § 6 B.

Nach der Auffassung von *Royla* und *Lackhoff* soll die mittelbare Wirkung ausnahmsweise dann zulässig sein, wenn die vorteilhafte Rechtsposition dem Dritten vom Mitgliedstaat unter Verstoß gegen die unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmung eingeräumt worden ist, sofern die gewährten Rechtspositionen weder grundrechtlich geschützt sind noch der Dritte auf ihren Bestand vertrauen durfte.⁵²⁵ Gegen diese Auffassung spricht, dass das Fehlverhalten des Mitgliedstaates sich dann zu Lasten des Dritten auswirken würde. Andererseits wird zutreffend darauf hingewiesen, dass in der Mitgliedstaat diesen Fällen bereits durch die Einräumung der begünstigenden Rechtsposition an den Dritten gegen den Vorbehalt des Gesetzes verstößt, da er dem auf die unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmung Vertrauenden hierdurch zugleich eine günstige Rechtsposition entzieht, was einem hoheitlichen Eingriff gleichkommt.⁵²⁶ In diesen Fällen kann eine sachgerechte Lösung nur durch eine Abwägung der betroffenen Interessen erzielt werden.

(5) Vereinbarkeit der verfahrensrechtlichen unmittelbaren Wirkung mit dem Gesetzesvorbehalt

Die verfahrensrechtliche unmittelbare Wirkung unterscheidet sich insofern von den übrigen Formen der unmittelbaren Wirkung, als sie lediglich die Nichtanwendung von nationalen Rechtsnormen zur Folge hat, die unter Verstoß gegen – ausschließlich an die Mitgliedstaaten gerichteten – Verfahrensvorschriften der Richtlinie zustande gekommen sind. In der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist die verfahrensrechtliche unmittelbare Wirkung bislang nur im Anwendungsbereich der Richtlinie 83/189/EWG⁵²⁷ anerkannt, die die Besonderheit aufweist, dass sie keine inhaltlichen Vorgaben für ihre Umsetzung enthält.

In Anwendungsbereich dieser Richtlinie kann die verfahrensrechtliche unmittelbare Wirkung dazu führen, dass nationale technische Vorschriften, die die Vermarktung oder Verwendung von Produkten regulieren, unangewendet bleiben. Macht der Gemeinschaftsbürger die Nichtanwendbarkeit der technischen Vorschrift gegenüber seinem Mitgliedstaat geltend, ergeben sich keine Bedenken.

⁵²⁵ vgl. *Royla/Lackhoff*, a.a.O., (1119 f.)

⁵²⁶ vgl. *Royla/Lackhoff*, a.a.O., (1119 f.)

⁵²⁷ Richtlinie des Rates vom 28.3.1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. L 109, 8, geändert insbesondere durch die Richtlinie 88/182/EWG des Rates vom 22.3.1988 (ABl. L 81, 75) und die Richtlinie 94/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.3.1994 zur zweiten wesentlichen Änderung der Richtlinie 83/189/EWG (ABl. L 100, 30). Im Folgenden wird die Bezeichnung „Richtlinie 83/189/EWG“ verwendet.

Fraglich ist, inwieweit die Nichtanwendung der nationalen technischen Vorschrift im Rahmen der verfahrensrechtlichen unmittelbaren Wirkung zu Lasten eines Dritten gehen kann. Eine Belastung des auf den Bestand der nationalen technischen Vorschrift vertrauenden Dritten kommt dann in Betracht, wenn die richtlinienwidrige nationale Bestimmung dem Dritten eine günstige Rechtsposition eingeräumt hat, die ihm nun wieder entzogen wird. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die nationale Bestimmung erst zu einem späteren Zeitpunkt und möglicherweise mit einem anderen Inhalt in Kraft getreten wäre, wenn der Mitgliedstaat das in der Richtlinie vorgesehene Verfahren beachtet hätte. In diesen Fällen führt der Erlass der nationalen technischen Vorschrift zu einer gemeinschaftswidrigen Begünstigung des Dritten. Weiter ist zu prüfen, inwieweit das Vertrauen des begünstigten Dritten auf die Anwendbarkeit der nationalen Bestimmung schutzwürdig ist. Letztlich müssen in diesen Fällen die betroffenen Interessen in jedem Einzelfall abgewägt werden, um ein sachgerechtes Ergebnis zu erzielen.

Etwas anderes gilt, wenn die Nichtanwendung der richtlinienwidrigen technischen nationalen Bestimmung lediglich zu der Belastung einer Partei mit zusätzlichen Verfahrenspflichten führt, etwa in Fällen, in denen die richtlinienwidrige nationale Vorschrift Ausnahmetatbestände von Prüfungsverfahren beinhaltet, die nunmehr nachgeholt werden müssen. Berücksichtigt man, dass der Europäische Gerichtshof dem Verfahrensrecht regelmäßig einen großen Stellenwert und eine eigenständige, vom materiellen Recht unabhängige Funktion einräumt,⁵²⁸ ist dem Gemeinschaftsbürger eine Belastung mit zusätzlichen Verfahrenspflichten zuzumuten.

cc. Zwischenergebnis

Unter dem Blickwinkel des gemeinschaftsrechtlichen Vertrauensschutzprinzips sind die Gemeinschaftsbürger berechtigt, hinreichend bestimmte, inhaltlich unbedingte und begünstigende Bestimmungen einer Richtlinie gegenüber dem Mitgliedstaat einschließlich aller Adressaten des Umsetzungsbefehls geltend zu machen. Neben der vertikal begünstigenden unmittelbaren Wirkung wären darüber hinaus auch die horizontale unmittelbare Wirkung und die mittelbare horizontale unmittelbare Wirkung zulässig. Etwas anderes gilt nur für den Fall, dass die Mangelhaftigkeit der Umsetzungsmaßnahme auch für

⁵²⁸ Schoch, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, 457 (459)

einen vernünftigen Wirtschaftsteilnehmer nicht erkennbar ist. In diesem Fall ist die Reichweite der unmittelbaren Wirkung durch eine Einzelfallabwägung aller betroffenen Interessen zu bestimmen.

Der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes steht der horizontalen unmittelbaren Wirkung nicht entgegen, da diese nicht vom Anwendungsbereich des gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalts umfasst ist. Die mittelbare horizontale Wirkung ist mit dem gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalt insoweit vereinbar, als sie lediglich zu einer Belastung des Marktbürgers mit über das nationale Recht hinaus gehenden Verfahrenspflichten führt. Eine mittelbare horizontale Wirkung kommt aber grundsätzlich nicht in Betracht, wenn die mittelbare Belastung eines Dritten seine Rechtsposition erheblich verschlechtern würde. Wurde dem Dritten die vorteilhafte Rechtsposition unter Verstoß gegen die unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmung gewährt, sind die betroffenen Interessen miteinander abzuwägen. Die vertikal belastende unmittelbare Wirkung ist mit dem gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalt unvereinbar. Die verfahrensrechtliche unmittelbare Wirkung ist unter dem Gesichtspunkt des gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalts zulässig, sofern die Nichtanwendung der nationalen technischen Vorschrift lediglich zu der Belastung des Gemeinschaftsbürgers mit zusätzlichen Verfahrenspflichten führt, wie z.B. der Durchführung einer UVP-Prüfung. Hat die richtlinienwidrige nationale Bestimmung einem Gemeinschaftsbürger eine günstige Rechtsposition eingeräumt, die ihm nun wieder entzogen wird, muss zwischen den Interessen des auf den Bestand der nationalen Vorschrift vertrauenden Gemeinschaftsbürgers einerseits sowie des durch die nationale Vorschrift benachteiligten Gemeinschaftsbürgers abgewägt werden.

b. Begrenzung der unmittelbaren Wirkung durch die Integrationsschranken des nationalen Verfassungsrechts

Neben dem primären Gemeinschaftsrecht wird die Reichweite der unmittelbaren Wirkung möglicherweise auch durch die Integrationsschranken des nationalen Verfassungsrechts begrenzt. Dies soll im Folgenden am Beispiel der Verfassungen Deutschlands und Frankreichs erörtert werden.

aa. Deutschland

Das deutsche Grundgesetz erlaubt eine Übertragung von Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen auf die Europäische Union nicht uneingeschränkt, sondern nur im Rahmen der Öffnungsschranken der deutschen Rechtsordnung. Somit wird auch die Reichweite der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien möglicherweise durch die vom deutschen Verfassungsgesetzgeber gezogenen Grenzen des Integrationsprogramms beschränkt. Ob und unter welchen Voraussetzungen das deutsche Verfassungsrecht Prüfungsmaßstab für die Reichweite der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien sein kann, beurteilt sich nach dem Verhältnis zwischen dem Gemeinschaftsrecht und dem deutschen Recht. Im Folgenden wird daher zunächst die Reichweite des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechtes gegenüber dem deutschen Recht untersucht. Dann wird erörtert, was den unabänderlichen Kernbereich der deutschen Verfassung ausmacht. Im Anschluss daran ist zu prüfen, inwieweit dieser Bereich durch eine uneingeschränkte unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien tangiert würde.

(1) Die Identität des Grundgesetzes als Schranke für die Übertragung von Hoheitsrechten

Nach der Auffassung des Europäischen Gerichtshofes, ist der Fall, dass die Reichweite der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien am Maßstab der mitgliedstaatlichen Grundrechte zu beurteilen ist, undenkbar. Denn danach beansprucht ein Gemeinschaftsrechtsakt unter der Voraussetzung seiner unmittelbaren Anwendbarkeit/Geltung/Wirkung stets uneingeschränkten Anwendungsvorrang vor nationalem Recht.⁵²⁹

Hingegen findet der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts nach der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts dort eine Grenze, wo der Bereich der „verfassungsrechtlichen Identität“ der Mitgliedstaaten berührt wird.⁵³⁰ So hat sich das Bundesverfassungsgericht im *Maastricht*-Urteil ausdrücklich das Recht zur Überprüfung von europäischem Sekundärrecht insoweit vorbehalten, als die „generelle Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards“ dies erforderlich mache. In diesem Umfang habe das Bundesverfassungsgericht den Wesensgehalt der Grundrechte auch gegenüber der

⁵²⁹ EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251; EuGH, Urt. v. 9.3.1978, Rs. 106/77 (Simmenthal II), Slg. 1978, I-629; EuGH, Urt. v. 22.10.1998, Rs. C-10/97 bis C-22/97 (IN.CO.GE), Slg. 1998, I-6307; EuGH, Urt. v. 20.04.1999, Rs. C-241/97 (Skandia), Slg. 1999, I-1879; siehe oben unter 1.d.bb.(1) (b)

⁵³⁰ Huber, Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, AöR 1991, 210 (225 ff.)

Hoheitsgewalt der Gemeinschaft zu sichern.⁵³¹ Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass ein Handeln der Gemeinschaft außerhalb ihrer Befugnisse einer unzulässigen Vertragsänderung gleichkäme. Rechtsakte der europäischen Organe, die aus den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte ausbrechen (*ultra-vires*-Akte) und daher nicht mehr vom Zustimmungsgesetz zum Vertrag über die Europäische Union gedeckt sind, sollen für Deutschland keine Bindungswirkung entfalten.⁵³²

Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts wird im Schrifttum teilweise scharf kritisiert.⁵³³ Mit der Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 bzw. 24 Abs. 1 GG habe die Bundesrepublik ihren ausschließlichen Herrschaftsanspruch im Geltungsbereich des Grundgesetzes für alle ihre Verfassungsorgane, mithin auch für das Bundesverfassungsgericht, zurückgenommen. Die Veränderung von judikativen Befugnissen stehe nur dem Verfassungsgesetzgeber zu, so dass die nationale Verfassungsgerichtsbarkeit eine dauerhafte, wenn auch nur subsidiäre Kontrolle der gemeinschaftlichen Rechtsakte schwerlich in Anspruch nehmen könne.⁵³⁴ Zudem gerate die Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes mit der in Art. 20 Abs. 3 GG angeordneten Verfassungs- und Gesetzesbindung der richterlichen Gewalt in Widerspruch. Dadurch, dass das Bundesverfassungsgericht dem Europäischen Gerichtshof zumindest partiell die Letztentscheidungsbefugnis abspreche, werde die Rechtseinheit der Gemeinschaft gefährdet.⁵³⁵

Diese Ansicht lässt jedoch unberücksichtigt, dass die Übertragung von Hoheitsrechten durch die Bundesrepublik Deutschland ihre Grenzen in Art. 79 Abs. 3 GG, der „Ewigkeitsgarantie“ des Grundgesetzes, findet. Gerade im Hinblick auf die dynamische Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH, die im Sinne der Effektivität des Unionsrechts begrüßenswert ist, ist es erforderlich, den Kernbestand des Grundgesetzes zu bewahren. Nach der Konzeption des Grundgesetzes sind der Regelungsbefugnis des Verfassungsgesetzgebers Grenzen gesetzt, deren Überwachung eine originäre Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts ist. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht in der *Maastricht*-Entscheidung seine Kontrollbefugnis bewusst vorsichtig formuliert, indem es sich auf die *generelle* Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards beschränkt hat. Diese Auffassung

⁵³¹ BVerfGE 89, 155 (175)

⁵³² BVerfGE 89, 155 (195, 210)

⁵³³ Hirsch, Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht, NJW 1996, 2457 (2459); Horn, Grundrechtsschutz in Deutschland, DVBl. 1995, 89 (94); Schwarze, Deutschland, in: derselbe (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 109; Zuleeg, Bananen und Grundrechte, NJW 1997, 1201 (1202 f.)

⁵³⁴ Schwarze, Deutschland, a.a.O. (173)

⁵³⁵ Hirsch, Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht, a.a.O. (2464)

wird auch durch den *Bananenmarktordnung*-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts bestätigt, in dem das Bundesverfassungsgericht klarstellt, dass mit der *Maastricht*-Entscheidung keine Aufgabe der *Solange II*-Rechtsprechung beabsichtigt war. In *Maastricht* hat das Gericht die Wiederausübung seiner Prüfungskompetenz hinsichtlich der Vereinbarkeit des Sekundärrechts der Gemeinschaft mit dem Grundgesetz ausdrücklich unter den Vorbehalt gestellt, dass der Europäische Gerichtshof den in *Solange II* festgestellten Grundrechtsstandard verlässt.⁵³⁶ In seinem *Bananenmarktordnung*-Beschluss ließ das Gericht keinen Zweifel an der generellen Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsstandards durch die Rechtsprechung des EuGH erkennen.

Der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist zu folgen, da das Bundesverfassungsgericht andernfalls für den Fall, dass der Grundrechtsschutz auf der Ebene der Europäischen Union den in *Solange II* festgestellten Standard unterschreitet, seine Überwachungsfunktion nicht mehr wahrnehmen könnte. Angesichts der Integrationsoffenheit des Grundgesetzes und der tragenden Rolle, die dem Europäischen Gerichtshof bei der Förderung und Austarierung des Europäischen Integrationsprozesses zukommt, muss der Bereich des unabdingbaren Grundrechtsstandards allerdings restriktiv interpretiert werden.

Hieraus folgt, dass eine unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien insoweit ausscheidet, als sie zu einer Verletzung des unabdingbaren Grundrechtsstandards führen würde. Die Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts, das sich in einem „Kooperationsverhältnis“ mit dem EuGH sieht, wonach dieser „den Grundrechtsschutz in jedem Einzelfall für das gesamte Gebiet der Europäischen Gemeinschaften garantiert“ und es sich selbst „auf eine generelle Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards beschränken kann“,⁵³⁷ lassen offen, unter welchen Voraussetzungen eine derartige Verletzung des unabdingbaren Grundrechtsstandards eintreten und die Grundrechtskontrolle des Bundesverfassungsgerichts ausgelöst würde. Einigkeit besteht darüber, dass der vom Europäischen Gerichtshof gewährte Grundrechtsschutz nicht mit dem des Grundgesetzes identisch sein muss. So spricht Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG in Anlehnung an den *Solange-II*-Beschluss des BVerfG⁵³⁸ von einem durch die Europäische Union gewährleisteten, „diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz“⁵³⁹.

Auf dieser Grundlage wird zum Teil vertreten, dass der durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Kern des Grundgesetzes nur dann verletzt ist, wenn sich der EuGH mit seiner Rechtsprechung

⁵³⁶ BVerfGE 102, 147

⁵³⁷ BVerfGE 89, 155 (175)

⁵³⁸ BVerfGE 73, 339 (378)

⁵³⁹ bestätigt durch BVerfGE 162, 147 (164)

zu den Kompetenzgrundlagen der Gemeinschaft „offensichtlich, schwerwiegend und anhaltend“ – und demnach nicht nur in einem Einzelfall – außerhalb der Gemeinschaftsrechtsordnung befinden würde.⁵⁴⁰ Nach einer anderen Meinung soll die Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts nur darauf gerichtet sein, ob sich die Gemeinschaftsgewalt allgemein vom unabdingbaren Grundrechtsschutz abwende, so dass eine Einzelfallprüfung des Gemeinschaftsrechts ausscheide.⁵⁴¹ Nach dieser Auffassung stellt sich die Frage, wann eine Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht eingreift, derzeit nicht.⁵⁴²

Die Gegenauffassung interpretiert die Äußerungen des Bundesverfassungsgerichtes teilweise so, dass dieses sich in jedem Einzelfall eine Kontrolle vorbehält, wenn fundamentale Prinzipien des Grundrechtsschutzes missachtet werden.⁵⁴³ Teilweise wird innerhalb dieser Auffassung vertreten, dass die Wesensgehaltsgarantie den Vorrang des Gemeinschaftsrechts zumindest im Fall von grundsätzlichen, über einen konkreten Einzelfall hinausgehenden Defiziten des Gemeinschaftsrechts den Vorrang begrenzt.⁵⁴⁴ Nach der Auffassung von *Huber* ist der vom Grundgesetz unabdingbar geforderte Grundrechtsstandard so lange generell gewährleistet, wie die mit dem nationalen Recht kollidierende Norm des Gemeinschaftsrechts noch einen hinreichend großen Anteil des grundrechtlichen Schutzgutes unangetastet lässt und einer aussagekräftigen Kontrolle am Maßstab der thematisch einschlägigen Grundrechte zugänglich ist.⁵⁴⁵

Unabhängig davon, unter welchen konkreten Voraussetzungen die Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts eintritt, kommt eine unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien jedenfalls nicht in Betracht, soweit sie die Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsstandards generell gefährden würde. Insoweit käme unmittelbar wirksamen Richtlinienbestimmungen im deutschen Hoheitsbereich keine Vorrangwirkung gegenüber deutschem Recht zu. Es ist daher zu prüfen, ob eine uneingeschränkte Reichweite von EG-Richtlinien geeignet ist, eine derartige generelle Gefährdung des unabdingbaren Grundrechtsstandards zu begründen. Dies setzt voraus, dass der unantastbare Kernbereich des

⁵⁴⁰ Hirsch, a.a.O. (2466)

⁵⁴¹ Zuleeg, Bananen und Grundrechte, a.a.O. (1202); a.A. Brockmeyer in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 23, Rn. 10

⁵⁴² Classen in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum GG, Art. 23 Abs. 1 (Rn. 54); Hilf, Solange II: Wie lange noch Solange?, EuGRZ 1987, 1 (6)

⁵⁴³ Kingreen, in Callies/Ruffert (Hrsg.), Komm. zu EUV und EGV, Art. 6 EUV, Rn. 90; Randelzhofer in: Maunz/Dürig, GG, Art. 24 Abs. 1 (Rn. 161); Zuck/Lenz, Verfassungsrechtlicher Rechtsschutz gegen Europa, NJW 1997, 1193 (1194)

⁵⁴⁴ Lecheler, Helmut: Zum Bananenmarkt-Beschluss des BVerfG, JuS 2001, 120 (123); Stein, Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Oktober 1986, ZaöRV 1987, 279 (284)

⁵⁴⁵ Huber, Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH in Grundrechtsfragen, EuZW 1997, 517 (519 f.)

Grundgesetzes durch eine umfassende unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien überhaupt tangiert wird.

(2) Der Kernbereich des Grundgesetzes

Der Inhalt des unabänderlichen Kernbereichs des Grundgesetzes ist umstritten. Nach einer Ansicht wird die Schranke für die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union ausschließlich durch Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG festgelegt, der auf die Vorschrift des Art. 79 Abs. 3 GG verweist.⁵⁴⁶ Eine andere Auffassung sieht dagegen zusätzlich die Strukturvorgaben des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG als zwingende Grenze für die Übertragung von Hoheitsrechten an, durch die eine Wahrung der in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegten Grundsätze bereits in erheblichem Umfang gewährleistet sei. Nur soweit dies nicht geschehe, komme der Verweisung des Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG eine eigenständige Bedeutung zu.⁵⁴⁷ Die Divergenz zwischen beiden Auffassungen wird aber dadurch abgemildert, dass auch die erste Auffassung insoweit einen Zusammenhang zwischen der Schrankenbestimmung des Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG und der Struktursicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG annimmt, als letztere die Europäische Union zu „demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen (...) und einem diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz“ verpflichtete.⁵⁴⁸ Unterschiedliche Auffassungen bestehen demnach allein hinsichtlich der Frage, ob eine Beachtung des Subsidiaritätsgebots Maßstab für Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union ist. Dies dürfte jedoch aufgrund der begrenzten Justitiabilität dieses Grundsatzes⁵⁴⁹, der mit der Grundrechtsproblematik ohnehin nicht in Zusammenhang steht, kaum von praktischer Relevanz sein.

Somit findet die Übertragung von deutscher Hoheitsgewalt auf die Europäische Union jedenfalls dort ihre Grenze, wo eine Änderung des Grundgesetzes wegen Verstoßes gegen Art. 79 Abs. 3 GG unzulässig wäre, weil durch sie „die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden“. Demnach darf die unmittelbare Wirkung von Richtlinien nicht so weit reichen, dass die in Art. 79 Abs. 3 GG genannten Einrichtungen und

⁵⁴⁶ Brockmeyer, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 23 (17); Scholz, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 23 (Rn. 78)

⁵⁴⁷ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, Art. 23 (Rn. 28)

⁵⁴⁸ Scholz, a.a.O. (Rn. 81); ähnlich Brockmeyer, a.a.O. (Rn. 6 ff., 17)

⁵⁴⁹ Scholz, a.a.O. (Rn. 70)

Normen berührt werden. Die Schwelle dafür ist hoch anzulegen, da die Vorschrift im Hinblick auf ihren Ausnahmecharakter und die mit ihr einhergehende Beschränkung der Volkssouveränität nach allgemeiner Auffassung eng auszulegen ist⁵⁵⁰ und eine „Berührung“ der genannten Einrichtungen und Normen lediglich bei ihrer prinzipiellen Preisgabe angenommen wird⁵⁵¹. Zudem erklärt Art. 79 Abs. 3 GG nur die in Art. 1 und 20 GG niedergelegten *Grundsätze*, d.h. ihren substantiellen Kerngehalt,⁵⁵² für unabänderlich.

(3) Folgen für die Reichweite der unmittelbaren Wirkung

Die Reichweite der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien könnte durch die in Art. 20 GG niedergelegten Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips beschränkt werden. Dagegen wird das Demokratieprinzip durch die Anerkennung einer uneingeschränkten unmittelbaren Wirkung nicht berührt, da eine unmittelbare Wirkung nur dort in Betracht kommt, wo den nationalen Parlamenten kein Gestaltungsspielraum bei der Richtlinienumsetzung verbleibt. Im Rahmen des Rechtsstaatsprinzips könnten die Grundsätze vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes die Reichweite der unmittelbaren Wirkung begrenzen, soweit diese Grundsätze in Art. 20 Abs. 3 GG verankert sind.

(a) Der Vorrang des Gesetzes

Der Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes ist zusammen mit dem Gesetzesvorbehalt nach dem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Sprachgebrauch Bestandteil des übergeordneten Gebots der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und vom Wortlaut des Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die Verwaltung an Gesetz und Recht, d.h. an die vom Gesetzgeber abstrakt getroffenen Entscheidungen, gebunden ist, ausdrücklich umfasst. Er verlangt, dass ein Gesetz nicht durch eine allgemeine Verwaltungsvorschrift außer Kraft oder abgeändert, durch einen Verwaltungsakt durchbrochen oder durch eine Rechtsnorm von niedrigerem Rang (Rechtsverordnung oder Gemeindesatzung) verdrängt werden kann.⁵⁵³

⁵⁵⁰ BVerfGE 30, 1 (25); Jarass, a.a.O., Art. 79, Rn. 6; Maunz-Dürig, in: dies., Grundgesetz-Kommentar, Art. 79 (Rn. 27, 31); differenzierend Stern, Staatsrecht I, 168

⁵⁵¹ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, Art. 79 (Rn. 7); Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 79 (Rn. 39)

⁵⁵² Dreier in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band II, Art. 79 III (Rn. 21)

⁵⁵³ BVerfGE 8, 155 (169); 56, 241

Nach der Auffassung von *Papier* steht der Vorrang des Gesetzes der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien entgegen, soweit Privatpersonen von ihr betroffen sind, da diese aufgrund ihres Grundrechtsstatus ein Recht auf Wahrung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hätten.⁵⁵⁴ Folgte man dieser Ansicht, müsste man jedoch die unmittelbare Wirkung von Richtlinien gänzlich in Frage stellen, obwohl diese (zumindest im Grundsatz) als zulässige richterliche Rechtsfortbildung anerkannt ist. Denn angesichts der extensiven Auslegung des Staatsbegriffs durch den Europäischen Gerichtshof sind auch mit besonderen Rechten ausgestattete Privatpersonen sowie öffentliche Stellen, die gegenüber der Staatsgewalt in spezifischen Bereichen Grundrechtsschutz genießen, regelmäßig Adressaten der unmittelbaren Wirkung.⁵⁵⁵ Konsequenterweise wäre insoweit auch die vertikal begünstigende Wirkung abzulehnen.

Andererseits ist fraglich, ob der Vorrang des Gesetzes durch die Bindung deutscher Verwaltungsbehörden und Gerichte an unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen und die damit verbundene Pflicht zur Ignorierung deutscher Gesetze überhaupt verletzt ist. Für EG-Verordnungen i.S.v. Art. 249 Abs. 2 EG, deren unmittelbare Geltung und Wirksamkeit in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten außer Frage steht, ist die Frage klar zu verneinen. Richtlinien, die ebenso unmittelbare Geltung besitzen und grundsätzlich unmittelbare Wirkung entfalten können, kann die Gesetzeseigenschaft daher nicht ohne weiteres abgesprochen werden, zumal diese in dem selbem Maße durch parlamentarische Mitwirkung am Gesetzgebungsverfahren (unmittelbar durch die Beteiligung des Europäischen Parlaments und mittelbar durch die Beteiligung der Regierungen der Mitgliedstaaten) legitimiert sind wie EG-Verordnungen. Der entscheidende, den Vorrang der gemeinschaftsrechtlichen gesetzlichen Regelung gegenüber der nationalen Verwaltung und Rechtsprechung begründende Akt wurde somit bereits auf der Ebene der Gemeinschaft vollzogen. Demgegenüber ist die Umsetzung der Richtlinie hinsichtlich der einer unmittelbaren Wirkung fähigen Richtlinienbestimmung lediglich die formalrechtliche Bestätigung dieses Aktes, da der nationale Gesetzgeber insoweit strikt an die Vorgaben der Richtlinie gebunden ist. Hinzu kommt, dass der Vorrang des Gesetzes keine hohen formellen Anforderungen an den vorrangigen legislativen Akt stellt. So ist anerkannt, dass „Gesetz und Recht“ i.S.v. Art. 20 Abs. 3 GG nicht nur förmliche Gesetze, sondern jedenfalls auch die sonstigen geschriebenen Rechtsnormen und das Gewohnheitsrecht⁵⁵⁶, mithin die Gesamtheit

⁵⁵⁴ Papier, Hans-Jürgen: Direkte Wirkungen von Richtlinien der EG im Umwelt- und Technikrecht, DVBl. 1993, 809 (811)

⁵⁵⁵ vgl. unter A.IV.

⁵⁵⁶ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 (Rn. 49 ff.)

der materiellen Rechtsvorschriften⁵⁵⁷, umfasst. Somit wird die Reichweite der unmittelbaren Wirkung grundsätzlich nicht durch den Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes eingeschränkt. Damit kommt es auf die von *Papier* vorgenommene Differenzierung zwischen nationalen Vorschriften von Rechtssatzqualität, die aufgrund des Gesetzesvorrangs nicht durch unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen verdrängt werden dürften, und sonstigen Vorschriften (wie etwa Verwaltungsvorschriften), hinsichtlich derer die Annahme eines Anwendungsvorrangs gemessen am Vorrang des Gesetzes unbedenklich sei, nicht an.⁵⁵⁸

Ein Sonderproblem stellt in diesem Zusammenhang die durch den EuGH in der Rechtssache *Fratelli Costanzo*⁵⁵⁹ bestätigte Geltung des gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsvorrangs auch für die nationale Verwaltung dar, wonach die mitgliedstaatlichen Behörden die Befugnis und Pflicht haben, die Vereinbarkeit des deutschen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht zu prüfen und im Konfliktfall die nationale Norm unangewendet zu lassen.⁵⁶⁰ Diese Entscheidung wurde teilweise kritisiert, weil durch sie die Gesetzesbindung der Verwaltung und das Normverwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts für nachkonstitutionelle formelle Gesetze in Frage gestellt würden.⁵⁶¹ Von anderer Seite wird hingegen darauf hingewiesen, dass durch das Urteil nicht eine originäre Normverwerfungskompetenz der Verwaltung begründet, sondern der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts zur Sicherung der Strukturprinzipien der Gemeinschaftsrechtordnung über die Gerichte hinaus auch für die Verwaltung gesichert wird.⁵⁶² Nach zutreffender Auffassung ist zwischen dem im Rahmen der Integrationsschranken unstreitig bestehenden materiell-rechtlichem Vorrang des Gemeinschaftsrechts und seiner prozessualen Durchsetzung zu unterscheiden. Nur letztere betrifft das Problem der behördlichen Normverwerfungskompetenz.⁵⁶³ Da die Verwaltung bei rein innerstaatlichen Sachverhalten nach überwiegender Ansicht⁵⁶⁴ formelle nachkonstitutionelle Gesetze nicht verwerfen kann, sondern auf die Einleitung eines Verfahrens nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG hinzuwirken hat, kann ein Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Gesetzesbindung der Verwaltung nicht geleugnet werden.

⁵⁵⁷ Schulze-Fielitz in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band II, Art. 20/Rechtsstaat (Rn. 84)

⁵⁵⁸ Papier, Direkte Wirkungen von Richtlinien der EG im Umwelt- und Technikrecht, DVBl. 1993, 809 (812)

⁵⁵⁹ EuGH, Urt. v. 22.6.1989, Rs. 103/88 (Fratelli Costanzo), Slg. 1989, I-1839 (Rn. 33)

⁵⁶⁰ Schmidt-Aßmann, Gefährdungen der Rechts- und Gesetzesbindung der Exekutive, in: FS für K. Stern, 745 (761)

⁵⁶¹ Pagenkopf, Zum Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf nationales Wirtschaftsverwaltungsrecht, NVwZ 1993, 216 (222 f.)

⁵⁶² Schwarze, Deutschland, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 109 (164 f.)

⁵⁶³ Pietzcker, Zur Nichtanwendung europarechtswidriger Gesetze seitens der Verwaltung, FS Everling, 1095 (1100 ff.)

⁵⁶⁴ vgl. den Überblick zum Meinungsstand bei Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 4 (Rn. 44 ff.)

Andererseits ist es für den parallelen Fall der gerichtlichen Normverwerfungskompetenz seit dem *Simmmenthal*-Urteil⁵⁶⁵ des EuGH allgemein als notwendige Folge der Übertragung von Hoheitsrechten anerkannt, dass Gerichte im Rahmen des gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsvorrangs gemeinschaftswidriges nationales Recht entgegen Art. 100 GG ohne vorherige Vorlage an des Bundesverfassungsgericht unangewendet lassen müssen.⁵⁶⁶ Dieselbe Pflicht muss auch den Behörden als innerstaatliche Stellen im Sinne von Art. 249 Abs. 3 EG obliegen, wenn die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts gewährleistet sein soll. Da die nationalen Behörden anders als die Gerichte nicht über die Möglichkeit verfügen, den Gerichtshof bei Zweifelsfragen gem. Art. 234 EG um eine Vorabentscheidung zu ersuchen, ist im Interesse der Rechtssicherheit vor der Nichtanwendung gemeinschaftswidrigen nationalen Rechts jedoch eine besonders sorgfältige Prüfung erforderlich.⁵⁶⁷ Eine Verwerfungspflicht wird darüber hinaus nur dann anzunehmen sein, wenn die Gemeinschaftswidrigkeit hinreichend klar ist.⁵⁶⁸

Eine Beschränkung der Verwerfungspflicht auf offenkundige Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht ist dagegen nicht sinnvoll, da sie die auf Seiten der nationalen Behörden ohnehin bereits vorhandenen Hemmnisse für eine Nichtanwendung gemeinschaftswidriger nationaler Rechtsvorschriften noch erhöhen und somit den *effet utile* des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen würde. Die Gefahr behördlicher Fehlentscheidungen wird dadurch verringert, dass es in den Fällen, in denen einzelne durch die Nichtanwendung nationaler Gesetzesbestimmungen einen Rechtsnachteil erleiden, regelmäßig zu einer gerichtlichen Nachprüfung kommen wird, in deren Rahmen die Gerichte bei Zweifelsfragen von ihrer Vorlagebefugnis nach Art. 234 EG Gebrauch machen können. Wenngleich die behördliche Verwerfungskompetenz gemeinschaftswidriger nachkonstitutioneller formeller Gesetze demnach den Grundsatz des Gesetzesvorrangs nicht gänzlich unbeeinträchtigt lässt, wird er durch sie jedenfalls nicht im Sinne von Art. 79 Abs. 3 GG „berührt“. Der Grundsatz des Gesetzesvorrangs steht daher der Anerkennung einer umfassenden unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien nicht entgegen.

⁵⁶⁵ EuGH, Urt. v. 9.3.1978, Rs. 106/77, Slg. 1978, I-629 (Rn. 21 ff.)

⁵⁶⁶ EuGH, Urt. BVerfG 31, 145 (174 f.);

⁵⁶⁷ Streinz, Europarecht, 91 m.w.N.

⁵⁶⁸ Pietzcker, Zur Nichtanwendung europarechtswidriger Gesetze seitens der Verwaltung, FS Everling, 1095 (1109)

(b) Der Vorbehalt des Gesetzes

Ebenfalls dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist der Vorbehalt des Gesetzes zuzurechnen. Anders als der Vorrang des Gesetzes ist er jedoch vom Wortlaut des Art. 20 Abs. 3 GG nicht umfasst.⁵⁶⁹ Damit stellt sich die Frage nach der verfassungsrechtlichen Grundlage des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes, der nur dann Bestandteil des unabänderlichen Kernbereichs der Verfassung sein kann, wenn er an der „Ewigkeitsgarantie“ des Art. 79 Abs. 3 GG partizipiert.

Nach einer Auffassung ergibt sich die Geltung des Gesetzesvorbehalts aus Art. 20 Abs. 3 GG, da der dort normierte Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes seinen Sinn verlieren würde, wenn nicht die Verfassung selbst verlangen würde, dass staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden Bereichen durch formelle Gesetze legitimiert sein muss. Art. 20 Abs. 3 GG setze damit den Vorbehalt des Gesetzes gleichsam voraus.⁵⁷⁰ Nach einer anderen Ansicht soll Art. 20 Abs. 3 GG aufgrund der unterschiedlichen Anwendungsbereiche des Gesetzesvorrangs und des Gesetzesvorbehalts – ersterer bezieht sich auf alle Gesetze im materiellen Sinne, während letzterer lediglich Gesetze im formellen Sinne umfasst – als Rechtsgrundlage des Gesetzesvorbehalts ausscheiden, da der Vorschrift des Art. 20 Abs. 3 GG nicht zwei verschiedene Gesetzesbegriffe zugrunde gelegt werden könnten. Gleichwohl sei der Vorbehalt des Gesetzes unabänderlich i.S.d. Art. 79 Abs. 3 GG, da er neben dem Gewohnheitsrecht auch Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG rechtlich zuzuordnen sei.⁵⁷¹ Demnach kann die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zuordnung des Vorbehalts des Gesetzes, dessen Gültigkeit allgemein anerkannt ist, offen bleiben, zumal auch nach anderen Auffassungen im Ergebnis kaum bestritten wird, dass er von Art. 79 Abs. 3 GG umfasst wird.⁵⁷² Somit ist der Vorbehalt des Gesetzes Bestandteil des unabänderlichen Verfassungskerns. Demnach ist zu untersuchen, inwieweit eine grundsätzliche Wahrung des Vorbehalts des Gesetzes eine Beschränkung der Reichweite der unmittelbaren Wirkung erforderlich machen könnte.

Hierzu ist zunächst der Inhalt des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes zu bestimmen. Der Gesetzesvorbehalt war im Verlauf seiner maßgeblich durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geprägten Ausformung einem gravierenden Wandel unterworfen: Die ursprüngliche Formel, wonach die Verwaltung nur aufgrund eines Gesetzes in Grundrechte des Bürgers eingreifen darf, wurde vom Bundesverfassungsgericht aufgegeben,

⁵⁶⁹ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 (Rn. 33 f.)

⁵⁷⁰ BVerfGE 40, 237 (248 f.); Stern, Staatsrecht I, 635

⁵⁷¹ Herzog in: Maunz-Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 (Rn. 77 ff.)

⁵⁷² Dreier in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 79 III (Rn. 43) m.w.N.

da sie einer demokratisch-parlamentarischen Staatsverfassung wie dem Grundgesetz nicht mehr gerecht geworden sei.⁵⁷³ Sie wurde durch die Wesentlichkeitstheorie ersetzt, der zufolge der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese einer staatlichen Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen müsse.⁵⁷⁴ Das soll immer nur dann der Fall sein, wenn es um die Einschränkung von grundrechtlichen Freiheiten oder um den Ausgleich zwischen kollidierenden Grundrechten geht.⁵⁷⁵ Derartige Entscheidungen soll allein das Parlament treffen dürfen. Die Wesentlichkeitstheorie gilt nur im Verhältnis zwischen Staat und Bürger, nicht im Verhältnis gleichgeordneter Grundrechtsträger.⁵⁷⁶

Die Situation ist hier insofern eine andere als beim Vorrang des Gesetzes, als nur Gesetze im formellen Sinn dem Gesetzesvorbehalt genügen.⁵⁷⁷ Damit kommt dem Akt der Richtlinienumsetzung eine größere Bedeutung zu, sofern der Inhalt der Richtlinie eine Beteiligung des Gesetzgebers erforderlich macht. Insoweit ist zweifelhaft, ob unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen dem Vorbehalt des Gesetzes genügen.

Allerdings kann unter Berücksichtigung abweichender Vorstellungen in anderen Mitgliedstaaten nicht verlangt werden, dass dieser stark durch Besonderheiten der deutschen Verfassungsgeschichte geprägte Grundsatz⁵⁷⁸ auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaft in gleichem Maße gewährleistet wird wie in der deutschen Rechtsordnung. Somit muss eine Abschwächung dieses Grundsatzes – insoweit wird auch von einer „tolerablen Abschwächung des Rechtsstaatsprinzips“⁵⁷⁹ gesprochen – als unumgängliche Folge des Zusammenschlusses verschiedener Mitgliedstaaten angesehen werden.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzesvorbehalt mittlerweile auch fester Bestandteil der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist, der eine zuverlässige Beurteilung der Grenzen der unmittelbaren Wirkung ermöglicht, wenngleich der gemeinschaftsrechtliche Gesetzesvorbehalt auch noch nicht die Ausdifferenzierung erfahren konnte wie der seit Jahrzehnten durch Rechtsprechung und Schrifttum entwickelte Gesetzesvorbehalt des bundesdeutschen Rechts. Im Ergebnis wird die Reichweite der unmittelbaren Wirkung nicht durch den Vorbehalt des Gesetzes eingeschränkt.

⁵⁷³ BVerfGE 40, 237 (249); in BVerfGE 8, 155 (166) war die Frage hingegen noch offen gelassen worden

⁵⁷⁴ BVerfGE 49, 89 (126 f.); 61, 260 (275); 77, 170 (231); 80, 124 (132)

⁵⁷⁵ BVerfGE 85, 386 (403)

⁵⁷⁶ BVerfGE, 84, 212 (220)

⁵⁷⁷ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 II. (Rn. 77)

⁵⁷⁸ vgl. Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 VI. (Rn. 93)

⁵⁷⁹ vgl. Gellermann, Beeinflussung, 183 ff.

(4) Zwischenergebnis

Weder der Grundsatz vom Vorrang des Gesetzes noch der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips stehen einer umfassenden unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien entgegen. Somit wird die Reichweite der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien nicht durch die Integrationsschranken des deutschen Grundgesetzes beschränkt.

bb. Frankreich

Zur Beantwortung der Frage, ob die Reichweite der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien durch französisches Verfassungsrecht beschränkt wird, muss zunächst untersucht werden, nach welchen rechtlichen Maßstäben sich die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäischen Gemeinschaften bzw. auf die Europäische Union bemisst. Anschließend wird diskutiert, in welchem Verhältnis französisches Recht und Gemeinschaftsrecht zueinander stehen. Schließlich wird erörtert, ob einer uneingeschränkten unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien aus der Perspektive des französischen Verfassungsrechts Hindernisse entgegenstehen.

(1) Die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäischen Gemeinschaften und die Europäische Union

Anders als das deutsche Grundgesetz enthält die französische Verfassung keine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage für die Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale Organisationen. Der Conseil Constitutionnel, das französische Verfassungsgericht, leitete die Befugnis zur Übertragung von Hoheitsgewalt auf die Europäischen Gemeinschaften und auf die Europäische Union aus den Artikeln 3 und 53 der französischen Verfassung vom 4.10.1958 (im Folgenden: Verfassung 1958) sowie aus Absatz 15 der Präambel der Verfassung vom 27.10.1946 (im Folgenden: Verfassung 1946) ab.⁵⁸⁰ Absatz 15 der Präambel der Verfassung 1946 bestimmt, dass Frankreich unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit den „zur Organisation und Verteidigung des Friedens notwendigen Einschränkungen seiner

⁵⁸⁰ Tewocht, Das französische Verfassungsrecht und die Europäische Union, 17

Souveränität“ zustimmt. Durch den Vorbehalt der Gegenseitigkeit soll gewährleistet werden, dass Frankreich nur in dem Maße der Einschränkung seiner Souveränität zustimmt, in dem auch die übrigen Mitgliedstaaten einer internationalen Organisation ihrerseits auf die Ausübung ihrer Souveränität verzichten. Nach Art. 53 der Verfassung 1958 kann die „Ratifizierung von Friedensverträgen, Handelsverträgen, Verträgen oder Abkommen über die internationale Organisation (...) nur auf Grund eines Gesetzes erfolgen“. Gemäß Art. 3 der Verfassung 1958 liegt die nationale Souveränität beim Volk, das sie durch seine Vertreter und durch Volksentscheid ausübt.

Am 19.6.1970 entschied der Conseil Constitutionnel, dass die Verfassung eine Übertragung von Hoheitsrechten an internationale Organisationen nur insoweit zulässt, als die Ausübung der nationalen Souveränität nicht beeinträchtigt wird.⁵⁸¹ In einer weiteren Entscheidung unterschied der Conseil Constitutionnel zwischen der Begrenzung von nationaler Souveränität durch den Beitritt Frankreichs zu internationalen Organisationen, die im Rahmen der durch Absatz 15 der Präambel der Verfassung 1946 gezogenen Grenzen zulässig sei, und der Übertragung von nationaler Souveränität, für die es keine verfassungsrechtliche Grundlage gäbe.⁵⁸² Diese Entscheidung wird im Schrifttum so interpretiert, dass für die Übertragung von nationaler Souveränität stets eine Verfassungsänderung erforderlich ist.⁵⁸³ Diese Interpretation wird durch Art. 54 der Verfassung 1958 bestätigt, wonach ein internationales Abkommen im Fall der Feststellung seiner Verfassungswidrigkeit durch den Conseil Constitutionnel dennoch ratifiziert werden kann, wenn zuvor eine Verfassungsänderung erfolgt ist.⁵⁸⁴ Darüber hinaus ist nach dem französischen Recht im Gegensatz zum deutschen Grundgesetz grundsätzlich jede Änderung der Verfassung zulässig. Die einzigen Grenzen sind nach Art. 89 Abs. 3 der Verfassung 1958 die Beachtung der republikanischen Regierungsform, zu der sich Art. 1 der Verfassung 1958 ausdrücklich bekennt und die der Wiedereinführung einer Monarchie entgegensteht⁵⁸⁵ sowie die Wahrung der Integrität des Staatsgebietes. Dies hat der Conseil Constitutionnel in seiner Entscheidung vom 2.9.1992⁵⁸⁶ bestätigt.

⁵⁸¹ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 19.6.1970, 1970-39 DC, Considérant 9

⁵⁸² Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 29./30.12.1976, 1976-71 DC

⁵⁸³ Flauss, Rapport Français, 47; Tewocht, Das französische Verfassungsrecht und die Europäische Union, 18

⁵⁸⁴ Goyard, Die Stellung des Gemeinschaftsrechts im französischen Recht, DÖV 1989, 259

⁵⁸⁵ Fromont, Frankreich und die Europäische Union, DÖV 1995, 481 (486); allerdings hat der Conseil Constitutionnel erklärt, dass er für die Kontrolle des republikanischen Prinzips nicht zuständig ist (Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 26.3.2003, 2003-469 DC)

⁵⁸⁶ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 2.9.1992, 1992-312 DC (Maastricht 2)

Durch seine Entscheidung über die Vereinbarkeit des Vertrages von Maastricht mit der Verfassung⁵⁸⁷ vollzog der Conseil Constitutionnel eine stillschweigende Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung,⁵⁸⁸ als er feststellte, die Beachtung des Souveränitätsprinzips verhindere nicht, dass „Frankreich unter Vorbehalt der Gegenseitigkeit Verträge oder Abkommen abschließt, damit es an der Gründung und Entwicklung einer internationalen Organisation teilnimmt, die rechtsfähig und mit Entscheidungskompetenzen kraft Zuständigkeitsübertragungen ausgestattet ist.“ Nach der nunmehr vertretenen Auffassung des Conseil Constitutionnel ist die Übertragung von Hoheitsrechten zulässig, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind:

Erstens müsse die Übertragung unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit erfolgen. Diese Voraussetzung war nach Ansicht des Conseil Constitutionnel erfüllt, da der Vertrag von Maastricht erst nach Hinterlegung aller Ratifikationsurkunden in Kraft trat.⁵⁸⁹

Zweitens dürfe ein Vertrag, durch den Hoheitsrechte auf eine internationale Organisation übertragen werden, keine verfassungswidrige Klausel enthalten. Problematisch war insoweit zunächst der Schutz der Grundrechte. Der Conseil Constitutionnel entschied, dass der Vertrag von Maastricht mit den Vorschriften, die Grundrechte gewährleisten, vereinbar ist, da sich die Europäische Union in Art. F Abs. 2 EUV [jetzt Art. 6 Abs. 2 EU] zur Beachtung der Grundrechte verpflichtete, die in der Europäischen Menschenrechtskommission niedergelegt und als aus den allgemeinen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten resultierende allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts zu beachten sind. Ein weiteres Problem bestand darin, dass der Vertrag von Maastricht ein kommunales Wahlrecht für EU-Ausländer vorsah. Nach Auffassung des Conseil Constitutionnel war dies verfassungswidrig, da die zweite Kammer des französischen Parlaments, der Senat, zu 95 % von den Gemeinderäten und den von ihnen ernannten Wahlmännern gewählt wird. Aufgrund der weitreichenden Befugnisse des Senats sei somit die nationale Souveränität Frankreichs erheblich beeinträchtigt. Aus diesem Grund war eine Verfassungsänderung notwendig, durch die gewährleistet wurde, dass EU-Ausländer keinen Einfluss auf die Zusammensetzung des Senats haben.⁵⁹⁰ Somit blieb durch den Beitritt zum Vertrag von Maastricht der Kern der nationalen Souveränität unangetastet.⁵⁹¹

⁵⁸⁷ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 9.4.1992, 1992-308 DC, Recueil 1992, 55

⁵⁸⁸ Fromont, a.a.O. (484)

⁵⁸⁹ Darauf dass einige Mitgliedstaaten der neu geschaffenen Europäischen Union (wie z.B. das Vereinigte Königreich und Dänemark) im Zeitpunkt des Beitritts nicht so viele Verpflichtungen übernommen hatten wie andere Mitgliedstaaten (wie z.B. Frankreich und Deutschland), ging der Conseil Constitutionnel bei seiner sehr formellen Auslegung des Vorbehaltes der Gegenseitigkeit nicht ein (vgl. Fromont, a.a.O. (484)).

⁵⁹⁰ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 9.4.1992, a.a.O.; Fromont, a.a.O. (484 f.)

⁵⁹¹ Fromont, a.a.O. (485)

Drittens dürften durch einen derartigen Vertrag nicht die wesentlichen Bedingungen der Ausübung nationaler Souveränität beeinträchtigt werden.⁵⁹² Der Conseil Constitutionnel prüfte in einem ersten Schritt, ob durch den Beitritt zum Vertrag von Maastricht grundlegende Hoheitsbefugnisse betroffen waren, die den Kern der Hoheitsbefugnisse eines Staates berühren. In einem weiteren Schritt betrachtete er das Verfahren der Beschlussfassung in der Europäischen Union. Soweit Beschlüsse auf Unionsebene nur mit Einstimmigkeit gefasst werden können, wäre die nationale Souveränität nicht beeinträchtigt. Dagegen würden Mehrheitsbeschlüsse die nationale Identität in ihrem Kern antasten. Da der Rat ab der dritten Phase der Währungsunion Entscheidungen mit qualifizierter Mehrheit treffen konnte und Art. 110 EG die Europäische Zentralbank mit Hoheitsbefugnissen ausstattete, war auch insoweit eine Verfassungsänderung erforderlich.⁵⁹³ Um eine Ratifikation des Vertrages von Maastricht zu ermöglichen, wurden unter dem neu geschaffenen Titel XV „Die Europäischen Gemeinschaften und die Europäische Union“ die Art. 88-1 bis Art. 88-5 der Verfassung 1958 geschaffen.⁵⁹⁴

Anlässlich der Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des Vertrages von Amsterdam⁵⁹⁵ entwickelte der Conseil Constitutionnel seine Rechtsprechung zur Übertragung von Hoheitsrechten an internationale Organisationen weiter. Nach Auffassung des Conseil Constitutionnel werden die wesentlichen Bedingungen der Ausübung der nationalen Souveränität dadurch beeinträchtigt, dass der Rat im Gemeinschaftssektor betreffend Visa, Asyl, Einwanderung und anderen Politiken im Zusammenhang mit dem freien Personenverkehr nach Art. 73 o Abs. 4 EGV [jetzt Art. 67 Abs. 4 EG] nach einer fünfjährigen Übergangszeit nicht mehr einstimmig, sondern im Verfahren der Mitentscheidung nach Art. 189 b EGV [jetzt Art. 251 EG] Beschlüsse fassen kann.⁵⁹⁶ Weiterhin sah der Conseil Constitutionnel die nationale Identität dadurch in ihrem Kern angetastet, dass dem Rat durch das nach der fünfjährigen Übergangszeit anzuwendende Verfahren nach Art. 73 o Abs. 4 EGV [jetzt Art. 67 Abs. 4 EG] das Initiativrecht entzogen wird.⁵⁹⁷ Der Conseil Constitutionnel unterschied dabei implizit zwischen zwei Arten von Hoheitsrechten: Hoheitsrechten, die auch zur mehrheitlichen Beschlussfassung auf die Gemeinschaftsebene übertragen werden können, ohne dass die wesentlichen Bedingungen der Ausübung der

⁵⁹² Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 9.4.1992, a.a.O.; vgl. Fromont, a.a.O. (484)

⁵⁹³ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 9.4.1992, a.a.O.; ein weiterer Verfassungsverstoß bestand darin, dass der Vertrag von Maastricht die Mitgliedstaaten der Europäischen Union ermächtigte, nach einer Übergangszeit auch Mehrheitsentscheidungen über die Ausländerpolizei zu treffen, vgl. Fromont, a.a.O. (485)

⁵⁹⁴ Loi Constitutionnel N° 92-554 v. 25.6.1992

⁵⁹⁵ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 31.12.1997, 1997-394 DC

⁵⁹⁶ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 31.12.1997, a.a.O., Considerant 29

⁵⁹⁷ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 31.12.1997, a.a.O., Considerant 24

nationalen Souveränität beeinträchtigt werden, stehen Hoheitsrechte gegenüber, die aufgrund ihrer Bedeutung nur zur einheitlichen Beschlussfassung an die Gemeinschaft übertragen werden dürfen.⁵⁹⁸ Aufgrund der Entscheidung des Conseil Constitutionnel wurden durch eine Ergänzung von Art. 88-2 der Verfassung 1958⁵⁹⁹ die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für eine Ratifikation des Vertrages von Amsterdam geschaffen.

Am 19.11.2004 entschied der Conseil Constitutionnel darüber, ob die Ratifizierung des Vertrages zur Einführung einer Verfassung in Europa einer Verfassungsänderung bedarf.⁶⁰⁰ Der Conseil Constitutionnel bejahte dies unter Hinweis darauf, dass durch die Europäische Verfassung weitere Aufgabengebiete an die Union übertragen und in mehreren Bereichen Beschlüsse, für die bislang noch Einstimmigkeit im Rat erforderlich war, nunmehr mit qualifizierter Mehrheit getroffen werden können. Hierdurch seien die wesentlichen Bedingungen der nationalen Souveränität beeinträchtigt.⁶⁰¹ Weiterhin beanstandete der Conseil Constitutionnel, dass die nationalen Parlamente nach Art. IV-444 Vertrages über die Europäische Verfassung Vertragsänderungen im vereinfachten Verfahren verhindern können, da ein derartiges Verfahren in der französischen Verfassung nicht vorgesehen sei.⁶⁰² Im Ergebnis war somit eine weitere Änderung der Verfassung nötig. Das daraufhin von der Nationalversammlung verabschiedete verfassungsändernde Gesetz⁶⁰³ ist nicht in Kraft getreten, da eine Volksabstimmung über das Ratifizierungsgesetz am 29.5.2005 scheiterte.

Im Ergebnis ist die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäischen Gemeinschaften bzw. auf die Europäische Union zulässig, wenn die entsprechende Verpflichtung auf Gegenseitigkeit beruht, der Beitrittsvertrag keine verfassungswidrige Klausel enthält und durch den Beitritt zu dem Vertrag die wesentlichen Bedingungen der Ausübung nationaler Souveränität nicht beeinträchtigt werden. Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, ist die Ratifikation des Vertrages erst nach vorheriger Änderung der Verfassung zulässig. Ein unabänderlicher Kernbereich der Verfassung, durch den die Möglichkeit zur Übertragung von Hoheitsrechten begrenzt wird, existiert in der französischen Verfassung – von der Pflicht zur Wahrung der republikanischen Regierungsform abgesehen – nicht.

⁵⁹⁸ Hecker, Souveränitätswahrung durch Einstimmigkeit im Rat, JZ 1998, 938 (942)

⁵⁹⁹ Loi Constitutionnel N° 99-49 v. 25.1.1999

⁶⁰⁰ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 19.11.2004, 2004-505 DC

⁶⁰¹ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 19.11.2004, a.a.O., Considérant 9-13

⁶⁰² Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 19.11.2004, a.a.O., Considérant 27 ff.; vgl. Tewocht, Das französische Verfassungsrecht und die Europäische Union, 26 ff.

⁶⁰³ Loi Constitutionnel N° 2005-204, 1.3.2005

(2) Das Verhältnis zwischen französischem Recht und Gemeinschaftsrecht

Im französischen Rechtssystem lassen sich grundsätzlich vier Rangebenen⁶⁰⁴ von Normen unterscheiden: Auf der höchsten Rangebene stehen die Rechtsnormen und -grundsätze mit Verfassungsrang. Dies sind die Verfassung 1958, die Präambel der Verfassung 1946, die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.8.1789, die verfassungsergänzenden Gesetze (*lois organiques*), die von den Gesetzen der Republik anerkannten Grundsätze, sowie die vom Conseil Constitutionnel entwickelten⁶⁰⁵ Prinzipien. Die vorgenannten Rechtsnormen und -Grundsätze bilden den materiellen Prüfungsmaßstab des Conseil Constitutionnel (*bloc de constitutionnalité*), anhand dessen der Conseil Constitutionnel seine Aufgaben wahrnimmt, wie die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von völkerrechtlichen Verträgen (Art. 54 der Verfassung 1958) und von Gesetzen (Art. 61 der Verfassung 1958). Völkerrechtliche Verträge sind nach Art. 55 der Verfassung 1958 vorrangig gegenüber den Gesetzen. Nach der im französischen Recht vorherrschenden monistischen Konzeption – Art. 55 der Verfassung 1958 bestimmt, dass ordnungsgemäß ratifizierte völkerrechtliche Verträge vom Zeitpunkt ihrer Bekanntmachung an Gesetzen mit der Maßgabe vorgehen, dass der Vertrag oder das Abkommen auch von der anderen Partei angewandt wird – werden völkerrechtliche Verträge mit ihrer Ratifizierung Bestandteil des französischen Rechtssystems.⁶⁰⁶ Unterhalb von Verfassung und völkerrechtlichen Verträgen stehen die parlamentarischen und ihnen vergleichbaren Gesetze. Auf der untersten Normebene befinden sich die Vorschriften mit Verordnungscharakter.

In welchem Rangverhältnis völkerrechtliche Verträge und das Gemeinschaftsrecht zur Verfassung stehen, ist in der Verfassung nicht ausdrücklich bestimmt. Im Gegensatz zum Europäischen Gerichtshof, der das Gemeinschaftsrecht als Rechtsordnung *sui generis* betrachtet,⁶⁰⁷ beurteilt der Conseil Constitutionnel sowohl primäres als auch sekundäres Gemeinschaftsrecht nach völkerrechtlichen Kriterien, dessen Vorrangstellung gegenüber Gesetzen nicht auf seiner besonderen Rechtsqualität, sondern auf einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung beruhe.⁶⁰⁸ Dies deutet darauf hin, dass völkerrechtliche Verträge und das Gemeinschaftsrecht nach der Auffassung des Conseil Constitutionnel im Rang unter dem Verfassungsrecht stehen. Auch im Schrifttum wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass das Verfassungsrecht Vorrang vor dem Gemeinschaftsrecht hat. Aus den Art. 54 und 55

⁶⁰⁴ vgl. Sonnenberger/Autexier, Einführung in das französische Recht, 55

⁶⁰⁵ vgl. Court Constitutionnel, Entscheidung vom 16.7.1971, 1971-44 DC, Rec. 29

⁶⁰⁶ Goyard, Die Stellung des Gemeinschaftsrechts im französischen Recht, DÖV 1989, 259

⁶⁰⁷ EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1251

⁶⁰⁸ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 19.11.2004, 2004-505 DC, Considérant 9-13

der Verfassung 1958, wonach eine verfassungswidrige völkerrechtliche Verpflichtung erst nach Änderung der Verfassung ratifiziert werden kann, ergebe sich der Wille des Verfassungsgesetzgebers, die Verfassung über den Vertrag zu stellen.⁶⁰⁹

Etwas anderes gilt für die Art. 88-1 bis Art. 88-5 der Verfassung 1958, die aufgrund der *Maastricht*-Entscheidung⁶¹⁰ in die Verfassung aufgenommen wurden und somit den Rang von Verfassungsrecht innehaben. Nach Art. 88-1 der Verfassung 1958 wirkt die Republik „an den Europäischen Gemeinschaften und der Europäischen Union mit, die sich in freier Entscheidung und auf der Grundlage ihrer Gründungsverträge dazu entschlossen haben, einige ihrer Befugnisse gemeinsam auszuüben.“ Welche Reichweite dieser Bestimmung zukommt, ist umstritten. Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung hat sie lediglich deklaratorische Bedeutung⁶¹¹ und ist nicht so zu verstehen, dass sie dem gesamten *acquis communautaire* den Rang von Verfassungsrecht verleihen würde⁶¹². Vielmehr würden durch eine Verfassungsänderung lediglich die in den Art. 88-2 bis Art. 88-4 der Verfassung 1958 niedergelegten Ermächtigungsnormen zur Übertragung von Hoheitsgewalt mit Verfassungsrang ausgestattet.⁶¹³ Diese Auffassung hat der Conseil Constitutionnel in der *Maastricht*-Entscheidung bestätigt, in der er klarstellte, dass die Notwendigkeit zur Änderung der Verfassung unter den in der Entscheidung genannten Voraussetzungen ungeachtet der Integrationsklausel des Art. 88-1 der Verfassung 1958 gilt.⁶¹⁴ Im Ergebnis ist die Verfassung damit nach Auffassung des Conseil Constitutionnel grundsätzlich vorrangig vor dem Gemeinschaftsrecht.

Allerdings sind die Möglichkeiten des Conseil Constitutionnel zur Prüfung von primärem Gemeinschaftsrecht am Maßstab von Verfassungsrecht eingeschränkt. Nach Art. 54 der Verfassung 1958 kann der Conseil Constitutionnel angerufen werden, um die Vereinbarkeit einer völkerrechtlichen Verpflichtung mit der Verfassung zu überprüfen, bevor das Parlament den Beschluss zum Erlass des Zustimmungsgesetzes gefasst hat. Nach der Beschlussfassung kann der Conseil Constitutionnel dann gem. Art. 61 Abs. 2 Verfassung 1958 erneut angerufen werden, bevor das Zustimmungsgesetz verkündet wurde. Nach der Ratifikation des völkerrechtlichen Vertrages besteht diese Möglichkeit nicht mehr. In seiner *Maastricht 2-*

⁶⁰⁹ Flauss, Rapport Français, 64 f. m.w.N.; Labayle, Henri: Le controle de constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne, RFDA 2003, 442

⁶¹⁰ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 9.4.1992, a.a.O

⁶¹¹ Hecker, Europäische Integration als Verfassungsproblem in Frankreich, 72 f.

⁶¹² Picard, Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen. A propos de la décision de 2 septembre 1992, RFDA 1993, 49 ff.

⁶¹³ Chaltiel, Droit constitutionnel et droit communautaire, RTD 1999, 399

⁶¹⁴ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 9.4.1992, a.a.O, Considérant 14

Entscheidung⁶¹⁵ nimmt der Conseil Constitutionnel allerdings für den Fall, dass wegen der Unvereinbarkeit einer völkerrechtlichen Verpflichtung eine Änderung der Verfassung erforderlich sein sollte, bei seiner erneuten Anrufung das Recht für sich in Anspruch, erneut das gesamte Änderungsgesetz auf seine Vereinbarkeit mit der Verfassung zu überprüfen und nicht lediglich die geänderten Teile. Etwas anderes gilt, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag geändert werden soll. Hier ist nur der geänderte Teil des völkerrechtlichen Vertrages (wie z.B. die durch den Vertrag von Maastricht geänderten und neu geschaffenen Vertragsbestimmungen) Gegenstand der verfassungsrechtlichen Kontrolle.⁶¹⁶ Somit findet lediglich eine präventive Kontrolle von internationalen Verpflichtungen auf ihre Verfassungsmäßigkeit statt.

Eine Kontrolle sekundären Gemeinschaftsrechts auf seine Verfassungsmäßigkeit lehnte der Conseil Constitutionnel mit dem Argument ab, dass die aus sekundärem Gemeinschaftsrecht resultierenden Verpflichtungen Folge der völkerrechtlichen Verpflichtungen Frankreichs nach Art. 55 der Verfassung 1958 seien.⁶¹⁷ Gleichwohl vertrat der Conseil Constitutionnel in einer anderen Entscheidung⁶¹⁸ die Auffassung, dass in einem Verstoß gegen völkerrechtliche (und damit auch gemeinschaftsrechtliche) Verpflichtungen nicht unbedingt ein Verfassungsverstoß liege und stellte damit klar, dass er es ablehnt, die Vereinbarkeit von Gesetzen mit Gemeinschaftsrecht zu prüfen.⁶¹⁹

Diese Entscheidung veranlasste das höchste französische Zivilgericht, den Court de Cassation zu der Feststellung, dass die praktische Umsetzung des Vorrangprinzips durch die Rechtsprechung der einfachen Gerichte zu gewährleisten sei. Aus Art. 55 der Verfassung 1958 leitete der Cour de Cassation den Grundsatz ab, dass die Gemeinschaftsverträge und die aus ihm folgenden Verpflichtungen (d.h. auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht) Vorrang vor den französischen Gesetzen haben und als höherrangige Rechtsordnung auch für die Bürger Frankreichs und für die Gerichte verbindlich sind.⁶²⁰

Demgegenüber entschied das höchste Verwaltungsgericht, der Conseil d'Etat in der Rechtssache *Cohn-Bendit*⁶²¹, dass lediglich legislative Umsetzungsakte auf ihre Vereinbarkeit mit EG-Richtlinien zu überprüfen seien, nicht aber Einzelfallentscheidungen der Verwaltung. Dies hatte zur Folge, dass sich der einzelne in Fällen, in denen die Richtlinie überhaupt nicht

⁶¹⁵ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 2.9.1992, 1992-312 DC

⁶¹⁶ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 9.4.1992, 1992-308 DC, Recueil 1992, 55; Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 31.12.1997, 1997-394 DC

⁶¹⁷ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 30.12.1977, 1977-394 DC

⁶¹⁸ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 15.1.1975, 1974-54 DC, Rec. 19

⁶¹⁹ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 15.1.1975, a.a.O., Rec. 19

⁶²⁰ Court de Cassation, Entscheidung vom 24.5.1975, 1973-13556, Bull. Cass. p. 6, n° 4

⁶²¹ Conseil d'Etat, Entscheidung v. 22.12.1978 (*Cohn-Bendit*), EuR 1979, 292

umgesetzt worden ist, zur Begründung der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes nicht auf unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen berufen konnte. Bereits zuvor hatte der Conseil d'Etat unter Anwendung der *lex posterior*-Regel entschieden, dass ein nach Inkrafttreten des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft erlassenes französisches Gesetz nicht auf seine Vereinbarkeit mit dem primären Gemeinschaftsrecht überprüft werden kann (*theorie de la loi-écran*).⁶²² Erst in der Entscheidung *Nicolo*⁶²³ erkannte der Conseil d'Etat den generellen Vorrang des primären Gemeinschaftsrechts vor nationalen – auch später in Kraft getretenen – Gesetzen an. Zur Begründung stützte sich der Conseil d'Etat auf Art. 55 der Verfassung 1958, wonach internationale Verträge, unabhängig davon, ob das nationale Gesetz vor oder nach Erlass des internationalen Vertrages in Kraft getreten ist, im Rang zwischen nationalen Gesetzen und der Verfassung stehen. Später erkannte der Conseil d'Etat zunächst den Vorrang von EG-Verordnungen⁶²⁴ und danach von EG-Richtlinien⁶²⁵ gegenüber nationalen Gesetzen – nicht jedoch gegenüber der Verfassung – an. In einer weiteren Entscheidung entschied der Conseil d'Etat, dass eine Klage gegen einen Verwaltungsakt auf die Richtlinienwidrigkeit der Ermächtigungsgrundlage – dem nationalen Gesetz oder der Verordnung – gestützt werden könne.⁶²⁶ Dies gelte auch dann, wenn der Verwaltungsakt auf einem richtlinienwidrigen richterlichen Rechtsgrundsatz beruhe.⁶²⁷ Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien hat der Conseil d'Etat allerdings bis zum heutigen Tage noch nicht ausdrücklich anerkannt.

In einer jüngeren Entscheidung leitete der Conseil Constitutionnel nunmehr aus Art. 88-1 der Verfassung 1958 eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Umsetzung von EG-Richtlinien in nationales Recht ab⁶²⁸ und wahrte damit den aus seiner Sicht bestehenden formalen Vorrang der Verfassung vor dem Gemeinschaftsrecht⁶²⁹. Eine Abkehr von seiner Rechtsprechung, wonach eine Kontrolle *zukünftiger* Änderungen der Gemeinschaftsverträge ungeachtet der Integrationsklausel des Art. 88-1 der Verfassung 1958 am Maßstab der Verfassung erfolgt, ist hiermit nicht verbunden. Gleichzeitig stellte der Conseil Constitutionnel in dieser Entscheidung klar, dass die Verfassung in Fällen, in denen sich der französische Gesetzgeber darauf beschränkt, zwingende gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

⁶²² Conseil d'Etat, Entscheidung v. 01.03.1968 (Syndicat des fabricants de semoules de France), Rec. CE, 149

⁶²³ Conseil d'Etat, Entscheidung v. 20.10.1989, Rec. CE, 190

⁶²⁴ Conseil d'Etat, Entscheidung v. 24.09.1990 (Boisdet), Rec. CE, 251

⁶²⁵ Conseil d'Etat, Entscheidung v. 28.02.1992 (S.A. Rothmans International France), Rec. CE, 81

⁶²⁶ Conseil d'Etat, Entscheidung v. 8.7.1991 (Palazzi), Rec. CE, 276

⁶²⁷ Conseil d'Etat, Entscheidung v. 6.2.1998 (Tête), AJDA 1998, 458

⁶²⁸ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 10.6.2004, 2004-496 DC, JZ 2004, 969

⁶²⁹ Classen, Anmerkung zur Entscheidung des Conseil Constitutionnel vom 10.6.2004 - 2004 - 496 DC, JZ 2004, 969 (970)

- wie z.B. die Regelungsvorgaben einer EG-Richtlinie - zu erfüllen, nur insoweit als Prüfungsmaßstab zur Verfügung steht, als die Umsetzungsmaßnahme einen ausdrücklichen Widerspruch zur Verfassung enthält. Im Übrigen liege die Aufgabe zur Überwachung der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung sowie der Grundrechte allein dem Europäischen Gerichtshof.⁶³⁰ Mit dieser Entscheidung stellt der Conseil Constitutionnel sein vorbehaltloses Vertrauen in die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes unter Beweis, denn der Fall, dass die Bestimmung einer EG-Richtlinie in ausdrücklichem Widerspruch zur Verfassung steht, ist kaum denkbar. Zugleich hat der Conseil Constitutionnel der bis zum heutigen Tage nicht ausdrücklich aufgegebenen Rechtsprechung des Conseil d'Etat, wonach EG-Richtlinien nicht unmittelbarer Prüfungsmaßstab für die Verwaltungsakte sein können, die Grundlage entzogen.⁶³¹

(3) Zwischenergebnis

Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Conseil Constitutionnel ist eine Beschränkung der unmittelbaren Wirkung durch französisches Verfassungsrecht derzeit nicht denkbar. Wenngleich der Conseil Constitutionnel die Verpflichtung zur Umsetzung von EG-Richtlinien in nationales Recht abweichend vom Europäischen Gerichtshof auf nationales Verfassungsrecht und nicht auf Gemeinschaftsrecht zurückführt, weist er die Aufgabe zur Überprüfung der Vereinbarkeit der Richtlinie mit höherrangigem Gemeinschaftsrecht und den Grundrechten ausdrücklich dem Europäischen Gerichtshof zu. Hieraus folgt, dass auch die Ausgestaltung der Reichweite der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien als Produkt richterlicher Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofes grundsätzlich allein diesem obliegt, sofern die unmittelbare Wirkung nicht in ausdrücklichem Widerspruch zur Verfassung steht. Ein solcher Fall ist jedoch nicht ersichtlich.

Eine Prüfung der Reichweite der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien am Maßstab der Verfassung durch den Conseil Constitutionnel ist auch im Hinblick darauf nicht vorstellbar, dass die Verfassung eine ausschließlich präventive Kontrolle von völkerrechtlichen Verpflichtungen vorsieht. Nachdem die unmittelbare Wirkung Ausfluss der bereits vor Inkrafttreten der Verfassung 1958 ratifizierten Römischen Verträge ist, trägt sie nach der Rechtsprechung des Conseil Constitutionnel eine Vermutung der Verfassungsmäßigkeit in

⁶³⁰ Conseil Constitutionnel, Entscheidung vom 10.6.2004, a.a.O., Considérant 7-9

⁶³¹ Classen, Anmerkung zur Entscheidung des Conseil Constitutionnel vom 10.6.2004 - 2004 - 496 DC, a.a.O. (971)

sich. Im Ergebnis wird die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien somit nicht durch die französische Verfassung beschränkt.

cc. Zusammenfassung

Sowohl das deutsche als auch das französische Verfassungsgericht haben sich eine Kontrolle von Rechtsakten des sekundären Gemeinschaftsrechts vorbehalten.

Das Bundesverfassungsgericht will seine Kontrollkompetenz in dem Fall ausüben, dass ein dem deutschen Grundgesetz vergleichbarer Grundrechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof nicht mehr gewährleistet ist. Mit dem Eintritt dieses Szenarios ist jedoch derzeit nicht zu rechnen. Wenngleich die Ratifizierung des Vertrages zur Einführung einer Verfassung in Europa vom 29.10.2004 in allen Mitgliedstaaten nach den ablehnenden Referenden in Frankreich am 29.5.2005 und in den Niederlanden am 1.6.2005 zunächst gescheitert ist, besteht Einigkeit darüber, dass der vom Europäischen Gerichtshof entwickelte Grundrechtsschutz dem der Mitgliedstaaten im Wesentlichen entspricht.⁶³² Da für eine Abkehr des Europäischen Gerichtshofes von der Gewährleistung eines effektiven Grundrechtsschutzes keinerlei Anhaltspunkte vorhanden sind, bestehen gegen eine uneingeschränkte unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien aus der Perspektive des deutschen Grundgesetzes keine Bedenken.

Der Conseil Constitutionnel sieht hingegen keine Veranlassung, an der Qualität des durch den Europäischen Gerichtshof gewährleisteten Grundrechtsschutz zu zweifeln. Er behält sich seine Prüfungskompetenz lediglich für den Fall vor, dass die Bestimmung einer EG-Richtlinie in ausdrücklichem Widerspruch zur französischen Verfassung steht. Ein solcher Fall ist jedoch nicht ersichtlich.

Im Ergebnis wird die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien nicht durch die Integrationsschranken des nationalen Verfassungsrechts der Mitgliedstaaten beschränkt.

⁶³² Classen in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Art. 23 Abs. 1 Rn. 50 m.w.N.

§ 9 Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts

Eine horizontale Wirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien ist nicht nur im Fall ihrer unmittelbaren Wirkung denkbar, sondern auch aufgrund der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nationaler Rechtsvorschriften, d.h. der Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Gerichte und Behörden, das vom Umsetzungsprogramm einer EG-Richtlinie umfasste nationale Recht „im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen“.⁶³³

Im Gegensatz zur unmittelbaren Wirkung ist der Anwendungsbereich der richtlinienkonformen Auslegung nicht allein auf die Fälle der fehlenden oder defizitären Richtlinienumsetzung beschränkt. Mittels richtlinienkonformer Auslegung können die zur Rechtsanwendung berufenen nationalen Instanzen darüber hinaus die durch Implementierung in nationales Recht bereits abstrakt verwirklichten Zielvorstellungen der Richtlinie auch im konkreten Anwendungsfall berücksichtigen und damit dem Umsetzungsprozess vervollständigen. Die Einordnung der richtlinienkonformen Auslegung als „Sanktion“ für die Verletzung der mitgliedstaatlichen Umsetzungspflicht wird ihrer umfassenden Bedeutung daher nicht vollständig gerecht. Teilweise wird insoweit zwischen *judicial implementation* und *remedial interpretation* unterschieden. *Judicial interpretation* wird dabei als „Vervollständigung“ des Umsetzungsprozesses durch die nationalen Gerichte im Wege einer am Einzelfall orientierten richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts nach ordnungsgemäßer Umsetzung der Richtlinie durch den nationalen Gesetzgeber definiert. Im Gegensatz dazu soll das nationale Gericht im Wege der *remedial interpretation* ein Auseinanderklaffen des richtlinienwidrigen nationalen Rechts von den Zielen der Richtlinie bis zu seiner ordnungsgemäßen Umsetzung verhindern.⁶³⁴

Gleichwohl sind im Zusammenhang mit der horizontalen Wirkung gerade die Fälle nicht erfolgter oder mangelhafter Richtlinienumsetzung von besonderem Interesse, da die richtlinienkonforme Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts auch zwischen Privatpersonen erfolgen kann. Damit stellt sich die Frage, inwieweit die Bestimmungen von EG-Richtlinien möglicherweise auch jenseits der Grenzen ihrer unmittelbaren Wirkung in horizontalen Rechtsbeziehungen zur Anwendung gelangen können.

Von der gemeinschaftsrechtlich begründeten richtlinienkonformen Auslegung wird nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung⁶³⁵ die richtlinienkonforme Auslegung kraft nationalen

⁶³³ EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, I-1891

⁶³⁴ Prechal, Directives in EC Law, 187 ff.

⁶³⁵ Jarass, Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 1991, 211 (216 f.); Langenfeld, zur Direktwirkung von EG-Richtlinien, DÖV 1992, 955 (964); Scherzberg, Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, Jura 1993, 225 (231)

Rechts unterschieden. Sie habe ihre Grundlage im vermuteten Willen des nationalen Gesetzgebers, das mit der Richtlinie angestrebte Ziel mit den zur Umsetzung erlassenen Rechtsvorschriften zu erreichen. Im Hinblick auf nationale Rechtsvorschriften, die vor der Richtlinie erlassen worden sind, komme ein solcher Wille nicht in Betracht, so dass eine richtlinienkonforme Auslegung kraft nationalen Rechts insoweit nicht gerechtfertigt sei. Unabhängig von der Diskussion über den für den Beginn der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung maßgeblichen Zeitpunkt⁶³⁶ sei die richtlinienkonforme Auslegung kraft nationalen Rechts jedenfalls vom Zeitpunkt des Erlasses der nationalen Umsetzungsmaßnahme an geboten.⁶³⁷

Die Annahme einer von der gemeinschaftsrechtlich begründeten richtlinienkonformen Auslegung zu unterscheidenden richtlinienkonformen Auslegung kraft nationalen Rechts vermag nicht zu überzeugen. Zwar ist davon auszugehen, dass ein Wille des nationalen Gesetzgebers zur ordnungsgemäßen Richtlinienumsetzung besteht. Dieser Wille beruht jedoch letztendlich auf der durch den Beitritt zur Europäischen Union geschaffenen, spezifisch gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung jedes Mitgliedstaates, EG-Richtlinien in nationales Rechts zu inkorporieren.⁶³⁸ Somit existiert ausschließlich eine richtlinienkonforme Interpretation kraft Gemeinschaftsrechts.

A. Dogmatische Grundlage der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung

Nach der Auffassung des Europäischen Gerichtshofes hat die Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation nationalen Rechts ihre dogmatische Grundlage in der Umsetzungsverpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art. 249 Abs. 3 EG und dem aus Art. 10 EG abgeleiteten Grundsatz der Gemeinschaftstreue, wie der Gerichtshof in den Entscheidungen *von Colson und Kamann*⁶³⁹ sowie *Harz*⁶⁴⁰ betont: „Allerdings ist klarzustellen, dass die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in dieser vorgesehene Ziel zu erreichen, sowie die Pflicht der Mitgliedstaaten gemäß Artikel 5 EWG-Vertrag [jetzt Art. 10 EG], alle zur Erfüllung dieser Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten obliegen, und zwar im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten. Daraus folgt, dass *das*

⁶³⁶ dazu siehe unter B.III.

⁶³⁷ Jarass, a.a.O. (216 f.); Langenfeld, a.a.O. (964); Scherzberg, a.a.O. (231)

⁶³⁸ so auch Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 249 EGV, Rn. 125

⁶³⁹ EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, I-1891

⁶⁴⁰ EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83, Slg. 1984, I-1921

nationale Gericht bei der Anwendung des nationalen Rechts, insbesondere auch der Vorschriften eines speziell zur Durchführung der Richtlinie 76/207 erlassenen Gesetzes, *dieses nationale Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen hat*, um das in Art. 189 Abs. 3 EGV [jetzt Art. 249 Abs. 3 EG] genannte Ziel zu erreichen.“⁶⁴¹ Neben den Gerichten sind auch alle übrigen zur Rechtsanwendung berufenen Organe, insbesondere die nationalen Behörden, im Rahmen ihres Kompetenzbereiches zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts verpflichtet, da sie ebenfalls Adressaten des Umsetzungsbefehls sind und sich gemeinschaftstreu verhalten müssen. Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofes ist das Gebot einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts dem EG-Vertrag immanent, da dem nationalen Gericht dadurch ermöglicht wird, im Rahmen seiner Zuständigkeit die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten, wenn es über den bei ihm anhängigen Rechtsstreit entscheidet.⁶⁴²

In der Literatur stößt dieser dogmatische Ansatz überwiegend auf Zustimmung.⁶⁴³ Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner bekannten „Richtlinien-Entscheidung“⁶⁴⁴ nicht nur zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinienbestimmungen, sondern auch zur richtlinienkonformen Auslegung Stellung genommen. Es geht davon aus, dass die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung in der Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue nach Art. 10 EG⁶⁴⁵ sowie in dem Erfordernis der Rechtsanwendungsgleichheit⁶⁴⁶ begründet ist.

Demgegenüber wird vereinzelt die Grundlage für die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung allein im nationalen Recht gesehen.⁶⁴⁷ Mit der Richtlinienumsetzung wandle sich das an die Mitgliedstaaten gerichtete, in Art. 10 EG begründete Gebot zur richtlinienkonformen Auslegung in eine an die nationalen Rechtsanwendungsorgane gerichtete Verpflichtung um, so dass die gemeinschaftsrechtliche Ebene verlassen werde. Diese Meinung lehnt eine richtlinienkonforme Auslegung ab, soweit Richtlinien pflichtwidrig nicht in nationales Recht umgesetzt worden sind.

Diese Meinung lässt jedoch unberücksichtigt, dass die Verpflichtung aus Art. 10 EG sich nicht nur an die Mitgliedstaaten, sondern alle nach nationalem Recht zur Rechtsanwendung

⁶⁴¹ EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83, a.a.O. (Rn. 26); Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 (Rn. 26)

⁶⁴² EuGH, Urt. v. 9.3.2004, Verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), Slg. 2004, I-8835 (Rn. 114)

⁶⁴³ vgl. nur Classen, Zur Bedeutung von EWG-Richtlinien für Privatpersonen, EuZW 1993, 83 (86); Götz, Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien, NJW 1992, 1849 (1851); Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593 (604); Ruffert in: Callies/Ruffert, Kommentar zu EUV und EGV, Art. 249 EG, Rn. 109

⁶⁴⁴ BVerfGE 75, 223

⁶⁴⁵ BVerfGE 75, 223 (237 f.)

⁶⁴⁶ BVerfGE 75, 223 (242)

⁶⁴⁷ Ehrlicke, Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, RabelsZ 1995, 598 (612 ff.)

berufenen Stellen richtet.⁶⁴⁸ Zudem ist die Feststellung, wann der nationale Gesetzgeber pflichtwidrig nicht tätig geworden ist, oftmals mit großen Schwierigkeiten verbunden, so dass keine Klarheit über den Anwendungsbereich der richtlinienkonformen Auslegung bestünde und die Rechtssicherheit in diesen Fällen nicht gewährleistet wäre. Die Grundlage der Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung kann demnach nicht im nationalen Recht liegen.

Angesichts des extensiven Anwendungsbereichs der richtlinienkonformen Auslegung auch in Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen wird von einer Literaturmeinung⁶⁴⁹ vorgebracht, dass die richtlinienkonforme Interpretation des nationalen Rechts auch im Verhältnis zwischen Privatpersonen bei gleichzeitiger (weitgehender) Verweigerung der horizontalen unmittelbaren Wirkung durch den EuGH inkonsequent sei, da aus der Richtlinie selbst keine normative Beziehung zwischen den einzelnen Individuen bestehe, sondern eine solche erst durch das nationale Recht hergestellt werde. Die richtlinienkonforme Interpretation ließe sich in horizontalen Rechtsbeziehungen daher nur insoweit rechtfertigen, als Richtlinien – in Parallele zur Umdeutung der Grundrechte des Grundgesetzes in inhaltliche Werte und der daraus resultierenden Verpflichtung zu verfassungskonformer Auslegung – ein auch in den Beziehungen zwischen Privatpersonen zu beachtender „normativer Gehalt“ beizumessen sei. Ein solcher Wertecharakter komme allein denjenigen Richtlinien zu, die „grundrechtsrelevante“ Sachverhalte regelten und in Ausführung der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts und der anderen Vorschriften des Primärrechts mit Grundrechtscharakter (wie den Grundfreiheiten) ergingen.⁶⁵⁰ Die Kritik an einer umfassenden richtlinienkonformen Auslegung wird auch damit begründet, dass die Pflichten aus Art. 10 EG und Art. 249 Abs. 3 EG nur die Mitgliedstaaten als solche betreffen und nicht auch ihre innerstaatlichen Organe.⁶⁵¹

Diese Auffassung ist abzulehnen. Zwar müssen die zur Rechtsanwendung berufenen Organe des Mitgliedstaates die Richtlinie auch unter Berücksichtigung ihrer Rechtsgrundlage und der primärrechtlichen Vertragsziele, zu deren Verwirklichung sie erlassen wurde, auslegen, um ihren Sinngehalt zu ermitteln. Die Grundrechtsrelevanz von Richtlinienbestimmungen kann hingegen nicht das entscheidende Kriterium dafür sein, ob das nationale Recht richtlinienkonform zu interpretieren ist oder nicht. Dies hätte zur Folge, dass bei der Beurteilung der Frage, ob es sich um einen „grundrechtsrelevanten“ Sachverhalt handelt,

⁶⁴⁸ vgl. § 5

⁶⁴⁹ Ress, Die richtlinienkonforme „Interpretation“ des innerstaatlichen Rechts, DÖV 1994, 489 (494)

⁶⁵⁰ Ress, a.a.O. (494)

⁶⁵¹ Jarass, Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 1991, 211 (216)

wertenden Erwägungen eine große Bedeutung zukäme, wodurch die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und damit die Rechtssicherheit erheblich gefährdet würde. Wie bereits ausgeführt wurde, wirkt die Umsetzungsverpflichtung in den innerstaatlichen Rechtskreis hinein, so dass alle Hoheitsträger des Mitgliedstaates Adressaten des Umsetzungsbefehls sind.

Demgegenüber ist auf der Grundlage von Art. 249 Abs. 3 EG und Art. 10 EG eine zuverlässige Bestimmung des Anwendungsbereichs der richtlinienkonformen Interpretation möglich. Die Auffassung des Gerichtshofes ist auch dogmatisch konsequent: Im Wege richtlinienkonformer Auslegung beteiligen sich die mitgliedstaatlichen Gerichte und Behörden im Rahmen des ihnen vom innerstaatlichen Recht zugewiesenen Aufgaben- und Kompetenzbereiches am Umsetzungsprozess, indem sie die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts im konkreten Rechtsanwendungsfall verwirklichen.⁶⁵²

B. Anwendungsbereich der richtlinienkonformen Auslegung

I. Verhältnis zur unmittelbaren Wirkung

Die Frage nach dem Verhältnis zwischen der richtlinienkonformen Auslegung von EG-Richtlinien und ihrer unmittelbaren Wirkung stellt sich in zweifacher Hinsicht. Zum einen wird diskutiert, ob eine richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts nur in Betracht kommt, wenn der betreffenden Richtlinienbestimmung unmittelbare Wirkung zukommt. Zum anderen ist zu klären, welche der beiden Rechtsfiguren vorrangig zum Tragen kommt, wenn sich ihr Anwendungsbereich überschneidet.

⁶⁵² so auch Ruffert in: Callies/Ruffert, Kommentar zu EUV und EGV, Art. 249 EG, Rn. 109

1. Unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien als Voraussetzung der richtlinienkonformen Auslegung?

Der Europäische Gerichtshof und ein Großteil des Schrifttums befürworten die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung auch (und gerade) in den Fällen, in denen den betreffenden Richtlinienbestimmungen keine unmittelbare Wirkung zuteil wird.⁶⁵³

Demgegenüber wird zum Teil⁶⁵⁴ eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nur für die Fälle befürwortet, in denen die betreffende Richtlinienbestimmung unmittelbare Wirkung entfaltet. Die nationalen Gerichte dürften Richtlinien nur im Rahmen ihrer Zuständigkeit und damit nur insoweit zur Auslegung des nationalen Rechts heranziehen, als diese die streitigen innerstaatlichen Rechtsbeziehungen auch selbst und unmittelbar regelten. Zudem impliziere die richtlinienkonforme Auslegung, dass der nationale Gesetzgeber seiner Pflicht zur Erfüllung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht vollständig nachgekommen ist und beinhalte damit eine teilweise Normverwerfung. Diese komme jedoch nur in Betracht, soweit die Richtlinie (Anwendungs-)Vorrang vor nationalem Recht genießt, d.h. nur im Rahmen ihrer unmittelbaren Wirkung.⁶⁵⁵

Von einer anderen Auffassung⁶⁵⁶ wird ein Vorrang von Richtlinien, die nur durch das nationale Recht vermittelt und damit indirekt wirken, aus verfassungsrechtlichen Gründen abgelehnt. So sei in Fällen, in denen Exekutive und Judikative eine Richtlinie anders interpretieren als die Gesetzgebungsorgane und daher das ihrer Auffassung nach gemeinschaftswidrige Umsetzungsgesetz nicht anwenden, das in Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegte Rechtsstaatsprinzip in Frage gestellt. Auch sei der Vorrang von nicht unmittelbar anwendbarem sekundärem Gemeinschaftsrecht nicht mehr von Art. 24 Abs. 1 GG [jetzt Art. 23 GG] gedeckt, da in diesen Fällen kein die Funktion der Gemeinschaft bedrohender Konflikt im Rahmen der Rechtsanwendung bestehe, der eine derartige Durchgriffswirkung erforderlich mache.⁶⁵⁷

Entgegen der letztgenannten Auffassung gebietet die nach Art. 249 Abs. 3 EG für alle Träger der öffentlichen Gewalt bestehende Verpflichtung, den inhaltlichen Vorgaben der Richtlinie im Rahmen ihrer Zuständigkeit weitestgehend Geltung zu verschaffen, auch dann eine

⁶⁵³ vgl. EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, I-1891 (Rn. 26 ff.); Urt. v. 8.10.1987, Rs. 80/86, Slg. 1987, I-3969 (3985 ff.) Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, I-1891 (Rn. 26 ff.); Huber, Recht der Europäischen Integration, 166

⁶⁵⁴ Scherzberg, Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, Jura 1993, 225

⁶⁵⁵ Scherzberg, a.a.O. (232)

⁶⁵⁶ Di Fabio, Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip?, NJW 1990, 947

⁶⁵⁷ Di Fabio, a.a.O. (950 ff.)

Heranziehung der einschlägigen Richtlinienbestimmung als Auslegungsnorm, wenn die Voraussetzungen ihrer unmittelbaren Wirkung nicht erfüllt sind. Unabhängig davon, ob der richtlinienkonformen Auslegung Vorrang vor den Auslegungskriterien nationalen Rechts zukommt,⁶⁵⁸ ist sie neben der unmittelbaren Wirkung ein eigenständiges⁶⁵⁹ Mittel zur Optimierung des Harmonisierungsprozesses. In diesem Zusammenhang wird zutreffend darauf hingewiesen, dass die Frage der Wahrnehmung von Entscheidungsspielräumen nicht mit der normstrukturellen Anwendbarkeit eines Gebots oder Verbots auf ein Rechtsverhältnis vermischt werden darf.⁶⁶⁰ Zweck der richtlinienkonformen Auslegung ist es, innerhalb der Grenzen zulässiger Rechtsauslegung und -fortbildung eine gemeinschaftsfreundliche Anwendung nationalen Rechts zu gewährleisten. Aus diesem Grund ist das Prinzip der richtlinienkonformen Auslegung auch von der Öffnungsklausel des Art. 23 Abs. 1 GG gedeckt. Um rechtsstaatlichen Anforderungen gerecht zu werden, ist allerdings eine klare Bestimmung der Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung erforderlich. Hierfür wird es im Wesentlichen darauf ankommen, inwieweit der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts auch im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung zum Tragen kommt.⁶⁶¹

2. Vorrang der richtlinienkonformen Interpretation gegenüber der unmittelbaren Wirkung?

Die unmittelbare Wirkung und die richtlinienkonforme Auslegung sind an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft und daher strikt voneinander zu trennen.⁶⁶² Dennoch gibt es im Anwendungsbereich beider Rechtsfiguren zahlreiche Überschneidungen. Dann stellt sich die Frage, welche Rechtsfigur vorrangig zur Falllösung heranzuziehen ist. In diesem Zusammenhang kommt dem in Art. 5 Abs. 2 EG niedergelegten Subsidiaritätsprinzip besondere Bedeutung zu. Danach wird die Gemeinschaft in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können. Adressaten des Subsidiaritätsprinzips sind alle Organe der Europäischen

⁶⁵⁸ dazu siehe unter § 9 II.4.b.

⁶⁵⁹ vgl. Ruffert in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 249 (Rn. 111)

⁶⁶⁰ Nettesheim, Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AÖR 1994, 261 (276)

⁶⁶¹ vgl. dazu unter C.II.4.b.aa.

⁶⁶² Ruffert in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 249 (Rn. 111)

Gemeinschaft und damit auch der Europäische Gerichtshof.⁶⁶³ Da die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur unmittelbaren Wirkung lediglich eine *ultima ratio* darstellt, muss zunächst den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt werden, im Wege der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts, die in der Regel mit geringeren Eingriffen in die Befugnisse der Mitgliedstaaten verbunden ist, ein gemeinschaftskonformes Ergebnis herzustellen.⁶⁶⁴ Nur wenn dies nicht möglich ist, weil das nationale Recht keinen entsprechenden Auslegungsspielraum beinhaltet, kommt die unmittelbare Wirkung in Betracht.⁶⁶⁵ Der Europäische Gerichtshof scheint derselben Auffassung zuzuneigen. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Gerichtshof in einigen Entscheidungen dem nationalen Gericht eine richtlinienkonforme Auslegung nahe gelegt hat, obwohl diese nur unter Missachtung der nationalen Auslegungsregeln möglich war. Denn in diesen Fällen schied die unmittelbare Wirkung durchweg aus, weil es sich um Rechtsverhältnisse zwischen Privatpersonen handelte. Insoweit bestand also gerade kein Konkurrenzverhältnis zwischen der richtlinienkonformen Auslegung und der unmittelbaren Wirkung. Hier stellt sich jedoch die Frage nach den Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung.⁶⁶⁶

II. Der richtlinienkonformen Auslegung unterworfenen Normen

Entgegen einer vereinzelt vertretenen Auffassung⁶⁶⁷ herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass sich die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nicht nur auf diejenigen nationalen Rechtsvorschriften bezieht, die zur Richtlinienumsetzung erlassen worden sind, sondern sich darüber hinaus auf das gesamte vom Anwendungsbereich einer EG-Richtlinie umfasste mitgliedstaatliche Recht erstreckt.⁶⁶⁸ Dieses Ergebnis ist im Hinblick auf die normative Grundlage der richtlinienkonformen Interpretation auch konsequent. Denn die aus Art. 249 Abs. 3 EG i.V.m. Art. 10 EG resultierende Verpflichtung der Träger öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten, jede einschlägige nationale Rechtsnorm im Lichte des

⁶⁶³ Streinz, in derselbe (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 5 Rn. 34

⁶⁶⁴ GA Darmon, Schlussanträge zur Rechtssache C-177/88 vom 14.11.89, Slg. 1990, I-3956 (3958 f.)

⁶⁶⁵ so auch Everling, Zur direkten unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien, FS Carstens, 95 (107)

⁶⁶⁶ vgl. dazu unter C.II.

⁶⁶⁷ Schlussanträge von Generalanwalt Slynn in der Rs. 152/84, Slg. 1986, I-725 (732 f.); Schlussanträge von Generalanwalt Mischo in der Rs. 80/86, Slg. 1987, I-3976 (3978 ff.)

⁶⁶⁸ vgl. EuGH, Urt. v. 13.11.1990, Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 (Rn. 8); BVerfGE 75, 223 (244); Hilf, Die Richtlinie der EG – ohne Richtung, ohne Linie, EuR 1993, 1 (15); Jarass, Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 1991, 211 (216); Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, 106; Zuleeg, Die Rechtswirkung europäischer Richtlinien, ZGR 1980, 466 (478)

Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen, kann dem ihr zugrunde liegenden Gedanken des *effet utile* nur dann gerecht werden, wenn sie unabhängig davon besteht, ob diese Rechtsnorm bei Erlass der Richtlinie bereits existierte oder ob sie gerade zum Zweck der Richtlinienumsetzung geschaffen wurde.

III. Bedeutung der Umsetzungsfrist

Es ist umstritten, ob die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung bereits vom Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie an besteht oder erst mit dem erfolglosen Ablauf der Umsetzungsfrist einsetzt. Der Europäische Gerichtshof hat zu dieser Frage bislang noch nicht eindeutig Stellung genommen. Seine Äußerungen in der Rechtssache *Kolpinghuis Nijmegen*⁶⁶⁹, denen zum Teil die Befürwortung einer bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist bestehenden Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung entnommen wird,⁶⁷⁰ sind missverständlich. Vor dem Hintergrund der prozessualen Situation, die dieser Entscheidung zugrunde lag, ist wohl eher anzunehmen, dass der Gerichtshof gar keine Aussage über den maßgeblichen Zeitpunkt des Beginns der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung treffen wollte.⁶⁷¹

Eine Auffassung sieht den Erlass der Richtlinie als maßgeblichen Zeitpunkt für den Beginn der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung an, da die mitgliedstaatlichen Organe die in Kraft getretenen höherrangigen Vorgaben des Gemeinschaftsrechts bei der Auslegung nationalen Rechts nicht ignorieren könnten.⁶⁷² Nach der Gegenauffassung besteht eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des gesamten nationalen Rechts erst ab dem Zeitpunkt

⁶⁶⁹ EuGH, Urt. v. 8.10.1987, Rs. 80/86, Slg. 1987, I-3969 (Rn. 15 f.)

⁶⁷⁰ Craig, Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation, E.L.Rev. 1997, 519 (525); Scherzberg, Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, Jura 1993, 225 (232)

⁶⁷¹ Dem Urteil des Gerichtshofes lagen vier von der Arrondissementsrechtsbank zur Vorabentscheidung vorgelegte Fragen zugrunde. Gegenstand der ersten drei Fragen war im wesentlichen, ob ein nationales Gericht Bestimmungen einer im innerstaatlichen Recht noch nicht umgesetzten EG-Richtlinie unmittelbar anwenden bzw. im Wege der richtlinienkonformen Anwendung berücksichtigen muss, wenn dadurch der Gemeinschaftsbürger belastet wird. Mit der vierten Frage wollte das vorlegende Gericht wissen, ob der (Nicht-) Ablauf der Umsetzungsfrist für die Beantwortung der vorliegenden Fragen einen Unterschied macht. Der Gerichtshof verneinte bereits die ersten drei Fragen, so dass der Ablauf der Umsetzungsfrist nicht mehr von Bedeutung war. Folgerichtig antwortete der EuGH auf die vierte Frage – wie bereits die Regierung des Vereinigten Königreiches und die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen sowie Generalanwalt Mischo in seinen Schlussanträgen vorgeschlagen hatten – dass es für die Beantwortung der ersten drei Fragen keinen Unterschied mache, ob die Umsetzungsfrist schon abgelaufen ist oder nicht.

⁶⁷² Schlussanträge von Generalanwalt Darmon in der Rs. 177/88, Slg. 1990, I-3941 (Ziffer 11); Lenz, Entwicklung und unmittelbare Geltung des Gemeinschaftsrechts, DVBl. 1990, 903 (908); Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593 (605)

der Richtlinienumsetzung, da der Rechtsverkehr erst mit Erlass des nationalen Umsetzungsaktes mit den umfassenden Rechtswirkungen der Richtlinie rechnen müsste.⁶⁷³

Gegen den Beginn der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung bereits ab Erlass der Richtlinie wird eingewandt, dass es zu einer Verschiebung der innerstaatlichen Gewaltenteilung kommen könnte, wenn die Richtlinie bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist als Auslegungsmaßstab heranzuziehen wäre. Denn dann bestünde die Gefahr, dass die nationalen Rechtsanwendungsorgane, v.a. die Gerichte, durch die Auslegung des nationalen Rechts nach Maßgabe möglicherweise unpräziser Richtlinienvorgaben politisches Ermessen ausübten und so den Umsetzungsspielraum ausfüllten, der nach der innerstaatlichen Kompetenzordnung allein den nationalen Rechtsetzungsorganen vorbehalten sei.⁶⁷⁴ In diesem Zusammenhang werden auch Bedenken im Hinblick auf die Rechtsklarheit geäußert.⁶⁷⁵ Zudem verpflichte Art. 249 Abs. 3 EG als dogmatische Grundlage der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung die Mitgliedstaaten lediglich zur Richtlinienumsetzung bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist; dann könnten aber die Pflichten der innerstaatlichen Stellen nicht weiter gehen.⁶⁷⁶

Dem ist zuzustimmen. Die Mitgliedstaaten können von ihrem Recht zur vollen Ausschöpfung der Umsetzungsfrist nur dann wirkungsvoll Gebrauch machen, wenn sie nicht befürchten müssen, dass der dem nationalen Gesetzgeber durch die Richtlinie eingeräumte Umsetzungsspielraum bereits vor Ablauf dieser Frist durch normkonkretisierende Richtlinienbestimmungen eingeschränkt wird. Somit beginnt die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts erst mit Ablauf der Umsetzungsfrist. Dieses Ergebnis wird durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Sperrwirkung von Richtlinien vor Ablauf der Umsetzungsfrist bekräftigt, der zufolge die Mitgliedstaaten das in der Richtlinie vorgeschriebene Ziel lediglich bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist erreichen müssen.⁶⁷⁷

⁶⁷³ Hilf, Die Richtlinie der EG – ohne Richtung, ohne Linie?, EuR 1993, 1 (15); einschränkend Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen in der Rs. C-156/91, Slg. 1992, I-5578 (5585 ff.), der diese Pflicht *vor* Ablauf der Umsetzungsfrist nur hinsichtlich der eigens zur Durchführung der Richtlinie erlassenen nationalen Bestimmungen annimmt

⁶⁷⁴ Scherzberg, Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, Jura 1993, 225 (232); Langenfeld, Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien, DÖV 1992, 955 (964)

⁶⁷⁵ Ruffert, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, Art. 249 (Rn. 110)

⁶⁷⁶ Jarass, Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 1991, 211 (220 f.); Gellermann, Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, 109 f.

⁶⁷⁷ vgl. oben unter § 7 A.

C. Die Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung

Im Wege der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts gelangen EG-Richtlinien auch in Rechtsbeziehungen zwischen Privatrechtssubjekten zur Anwendung. Die für die horizontale unmittelbare Wirkung geltenden Beschränkungen kommen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nicht zum Tragen.⁶⁷⁸ Nachdem EG-Richtlinien im Fall ihrer richtlinienkonformen Interpretation lediglich eine indirekte, durch das mitgliedstaatliche Recht vermittelte horizontale Wirkung entfalten, wird die Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung grundsätzlich durch den Interpretationsspielraum, den eine nationale Norm zulässt, beschränkt. Problematisch ist in diesem Zusammenhang jedoch die jüngere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, die die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung zunehmend von der Interpretationsfähigkeit des nationalen Rechts löst.⁶⁷⁹ Damit besteht die Gefahr, dass im Wege der richtlinienkonformen Auslegung die Grenzen der unmittelbaren Wirkung umgangen werden.

Es ist daher notwendig, die Grenzen der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung zu bestimmen. Eine Beschränkung der Reichweite richtlinienkonformer Auslegung kommt zunächst durch das Gemeinschaftsrecht selbst in Betracht. Aber auch die Interpretationsfähigkeit des nationalen Rechts steht einer uneingeschränkten richtlinienkonformen Auslegung möglicherweise entgegen. So ist fraglich, ob das nationale Recht der Mitgliedstaaten eine richtlinienkonforme Auslegung über die durch die nationalen Auslegungsmethoden bestimmten Grenzen seiner Interpretationsfähigkeit hinaus zulässt. Dies wirft die Frage nach dem Rangverhältnis zwischen der richtlinienkonformen Auslegung und den mitgliedstaatlichen Auslegungsmethoden auf.

I. Beschränkung durch Gemeinschaftsrecht

Die Reichweite der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung könnte sowohl durch primäres Gemeinschaftsrecht als auch durch sekundäres Gemeinschaftsrecht begrenzt werden.

⁶⁷⁸ siehe hierzu unter II.1.

⁶⁷⁹ EuGH, Urt. v. 27.6.2000, Verb. Rs. C-240/98 und C-244/98 (Océano Grupo Editorial), Slg. 2000, I-4941; EuGH, Urt. v. 30.4.1998, Rs. C-215/97 (Bellone), Slg. 1998, I-2191; EuGH, Urt. v. 13.7.2000, Rs. C-456/98 (Centrosteeel), Slg. 2000, I-6007

1. Beschränkung durch primäres Gemeinschaftsrecht

In der Rechtssache *Kolpinghuis Nijmegen*⁶⁸⁰ nahm der Europäische Gerichtshof zum Verhältnis zwischen der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung nationalen Rechts und den Vorgaben des Primärrechts Stellung. Gegenstand des Ausgangsverfahrens vor der niederländischen Arrondissementsrechtsbank Arnheim war ein Strafverfahren, in dem einem Unternehmen, das ein Café betrieb, vorgeworfen wurde, bis zum August 1984 ein von ihm als „Mineralwasser“ bezeichnetes, jedoch aus Leitungswasser und Kohlensäure bestehendes Getränk zum Verkauf und zur Lieferung vorrätig gehalten zu haben. Dem Unternehmen wurde vorgeworfen, gegen die strafrechtlich sanktionierte Bestimmung des Art. 2 Keuringsverordening der Stadt Nimwegen verstoßen zu haben. Danach ist es verboten, für den Handel und den menschlichen Genuss bestimmte Waren, die aufgrund ihrer Zusammensetzung fehlerhaft sind, zum Verkauf und zur Lieferung vorrätig zu halten. In der Keuringsverordening wird der Begriff „aufgrund ihrer Zusammensetzung fehlerhaft“ nicht definiert. Die Staatsanwaltschaft berief sich in dem Strafverfahren unter anderem auf die Richtlinie 80/777⁶⁸¹, die den Mitgliedstaaten vorschreibt, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit nur aus dem Boden eines Mitgliedstaates gewonnene und von der zuständigen Behörde dieses Staates anerkannte Wässer als natürliche Mineralwässer in den Handel gebracht werden können. Die Frist zur Umsetzung der Richtlinie 80/777 endete im Juli 1984. Tatsächlich wurde sie erst im August 1985 in niederländisches Recht umgesetzt.

In seinem Urteil stellte der Gerichtshof zunächst unter Bezugnahme auf die Entscheidung *von Colson und Kammann*⁶⁸² fest, dass alle Träger öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten grundsätzlich zur richtlinienkonformen Auslegung ihres nationalen Rechts verpflichtet sind, d.h. im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch die Gerichte. Nach der Auffassung des Europäischen Gerichtshofes findet die Verpflichtung der Gerichte zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts jedoch „ihre Grenzen in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die Teil des Gemeinschaftsrechts sind, und insbesondere im Grundsatz der Rechtssicherheit und im Rückwirkungsverbot“⁶⁸³. Insoweit nahm der Gerichtshof auf seine frühere Entscheidung in der Rechtssache *Pretore von Salò*⁶⁸⁴ Bezug. Im Ergebnis antwortete das Gericht auf die Frage des nationalen Gerichts, „dass das Gericht eines

⁶⁸⁰ EuGH, Urt. v. 8.10.87, Rs. 80/86, Slg. 1987, I-3969

⁶⁸¹ Richtlinie 80/777 des Rates vom 15.07.1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Gewinnung von und den Handel mit natürlichen Mineralwässern, ABl. 1980 L 229, 1

⁶⁸² EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, I-1891

⁶⁸³ EuGH, Urt. v. 8.10.87, a.a.O. (3986)

⁶⁸⁴ EuGH, Urt. v. 11.6.1987, Rs. 14/86, Slg. 1987, I-2545 (2569 f.)

Mitgliedstaates bei der Anwendung seiner innerstaatlichen Rechtsvorschriften diese im Lichte des Wortlautes und des Zwecks der Richtlinie auszulegen hat, um das in Art. 189 Abs. 3 EWGV [Art. 249 Abs. 3 EG] genannte Ziel zu erreichen, dass eine Richtlinie jedoch nicht für sich allein und unabhängig von zu ihrer Durchführung erlassenen Rechtsvorschriften die Wirkung haben kann, die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen, die gegen die Vorschriften der Richtlinie verstoßen, festzulegen oder zu verschärfen.“⁶⁸⁵

Durch diese Entscheidung, die in der Literatur auf breite Zustimmung stieß,⁶⁸⁶ konkretisierte der Europäische Gerichtshof in zutreffender Weise den Inhalt der Maßstabs- und Kontrollfunktion, die das primäre Gemeinschaftsrecht für Sekundärrechtsakte besitzt. Sie zeigt, dass das primäre Gemeinschaftsrecht nicht nur der abstrakte Maßstab für die Gültigkeit eines Sekundärrechtsaktes ist, sondern darüber hinaus dessen Wirkung im konkreten Anwendungsfall begrenzen kann.

Mit seinem Urteil in der Rechtssache *Arcaro*⁶⁸⁷ knüpfte der Gerichtshof an diese Linie an. Die Vorlagefrage des nationalen Gerichtes, ob es auf der Grundlage der richtlinienkonformen Auslegung des Gemeinschaftsrechts einen Mechanismus gäbe, der es dem nationalen Gericht erlaubt, von einer nicht umgesetzten Richtlinienbestimmung abweichende nationale Vorschriften zu eliminieren, wenn eine unmittelbare Wirkung dieser Richtlinienbestimmung ausscheidet, verneinte der Gerichtshof und verwies auf die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung. Diese Pflicht findet nach Auffassung des Gerichtshofes dort ihre Grenzen, wo „eine solche Auslegung dazu führt, dass einem einzelnen eine in einer nicht umgesetzten Richtlinie vorgesehene Verpflichtung entgegengehalten wird, und erst recht dann, wenn sie dazu führt, dass auf der Grundlage der Richtlinie und in Ermangelung eines zu ihrer Umsetzung erlassenen Gesetzes die strafrechtliche Verantwortlichkeit derjenigen verschärft wird, die gegen die Richtlinienbestimmungen verstoßen“.⁶⁸⁸ In seiner Entscheidung weist der Gerichtshof damit neben dem Grundsatz der Rechtssicherheit und dem Rückwirkungsverbot auch auf das Gesetzmäßigkeitsprinzip hin.⁶⁸⁹

Mit seiner Rechtsprechung stellt der Gerichtshof klar, dass die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung, die der Effektivierung sekundären Gemeinschaftsrechts dient, dort ausscheidet, wo sie gegen primäres Gemeinschaftsrecht verstößt.

⁶⁸⁵ EuGH, Urt. v. 8.10.87, a.a.O. (3987)

⁶⁸⁶ vgl. Jarass, Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 1991, 211 (223); Langenfeld, Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien, DÖV 1992, 955 (965)

⁶⁸⁷ EuGH, Urt. v. 26.9.1996, Rs. C-168/95, Slg. 1996, I-4705

⁶⁸⁸ EuGH, Urt. v. 26.9.1996, a.a.O. (Rn. 39 ff.)

⁶⁸⁹ so auch Royla/Lackhoff, Die innerstaatliche Beachtlichkeit von EG-Richtlinien und das Gesetzmäßigkeitsprinzip, DVBl. 1998, 1116; siehe auch unter II.1.e.

2. Beschränkung durch sekundäres Gemeinschaftsrecht

Die Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung wird zunächst durch den Anwendungsbereich der Richtlinie beschränkt. Wenngleich dies in den meisten Fällen keine Probleme bereitet, kann die Feststellung, ob eine Richtlinie nur einen bestimmten Mindeststandard aufstellen oder eine abschließende Regelung treffen will, in der Praxis mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein.⁶⁹⁰ Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist durch ihre Auslegung zu ermitteln, die nach Art. 234 lit. b) EG dem Europäischen Gerichtshof obliegt und die notwendige Vorstufe der richtlinienkonformen Auslegung darstellt. Wenn eine Richtlinie den Mitgliedstaaten den Erlass abweichender oder strengerer nationaler Regelungen gestattet, existieren insoweit auch keine verbindlichen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Maßgeblich ist dann allein die nationale Umsetzungsmaßnahme. Die nationalen Gerichte bzw. Behörden dürfen sich jedoch nicht unter Ausschöpfung der durch die Richtlinie offen gelassenen Freiräume über den Willen des nationalen Gesetzgebers hinweg setzen. Lediglich im Fall fehlender oder mangelhafter Richtlinienumsetzung dürfen sie von diesen Gestaltungsspielräumen bei der Rechtsanwendung Gebrauch machen, wobei die Grenzen der Auslegung oder Rechtsfortbildung sich allein nach nationalem Recht bestimmen.⁶⁹¹

Darüber hinaus kann gleichrangiges Gemeinschaftsrecht unter dem Aspekt der Widerspruchsfreiheit der europäischen Rechtsordnung von Einfluss auf die Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung sein, etwa unter Anwendung der *lex posterior*- oder der *lex specialis*-Regel.

II. Die Interpretationsfähigkeit des nationalen Rechts als Voraussetzung und Schranke richtlinienkonformer Auslegung

Die richtlinienkonforme Auslegung knüpft notwendigerweise an nationale Rechtsnormen an. Die verbindliche Entscheidung darüber, ob und inwieweit Normen des mitgliedstaatlichen Rechts eine Berücksichtigung des Richtlinienziels im Wege der Gesetzesauslegung zulassen, soll nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes den nationalen Gerichten obliegen. Ihnen wird vom Gerichtshof die Aufgabe zugewiesen, „das zur Durchführung der

⁶⁹⁰ vgl. oben unter § 6 C.

⁶⁹¹ missverständlich Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, 273 ff.

Richtlinie erlassene Gesetz *unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt*, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden“.⁶⁹²

Der Europäische Gerichtshof scheint somit die Auffassung zu vertreten, dass die nationalen Auslegungsregeln der Mitgliedstaaten die Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung beschränken. Dies muss jedoch angesichts der jüngeren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung, die sich zunehmend am Effektivitätsgedanken orientiert, bezweifelt werden. Im Folgenden wird die Entwicklung dieser Rechtsprechung dargestellt und einer kritischen Würdigung unterzogen. Dabei wird besonderes Augenmerk auf die Frage gerichtet, inwieweit die Grenzen zwischen der mittelbaren horizontalen Wirkung, die ihre Legitimation aus der Auslegung der nationalen Norm herleitet, und einer unmittelbaren horizontalen Wirkung, die vom nationalen Recht als Anknüpfungspunkt losgelöst und einzig dem Prinzip des *effet utile* verpflichtet ist, in der Rechtsprechung des Gerichtshofes verschwimmen. Insoweit ist die unmittelbare horizontale Wirkung als Folge einer uneingeschränkten richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts von der horizontalen unmittelbaren Wirkung als Ausprägung der unmittelbaren Wirkung⁶⁹³ zu unterscheiden. Anschließend werden die hierzu im Schrifttum vertretenen Auffassungen aufgezeigt. Schließlich wird im Rahmen einer eigenen Lösung der Versuch unternommen, mögliche Kriterien für eine Begrenzung der Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung zu entwickeln.

1. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes

Durch die Entscheidungen in den Rechtssachen *Océano Grupo Editorial*⁶⁹⁴, *Bellone*⁶⁹⁵ und *Centrosteeel*⁶⁹⁶ hat der Europäische Gerichtshof die Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts zum Teil erheblich ausgeweitet. Im Folgenden wird die Entwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur richtlinienkonformen Auslegung im Hinblick auf das Verhältnis zwischen der richtlinienkonformen Auslegung und den nationalen Auslegungskriterien dargestellt.

⁶⁹² EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 (Von Colson und Kamann), Slg. 1984, I-1891 (Rn. 28)

⁶⁹³ siehe hierzu unter § 8

⁶⁹⁴ EuGH, Urt. v. 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 u. C-244/98, Slg. 2000, I-4941

⁶⁹⁵ EuGH, Urt. v. 30.4.1998, Rs. C-215/97, Slg. 1998, I-2191

⁶⁹⁶ EuGH, Urt. v. 13.7.2000, Rs. C-456/98, Slg. 2000, I-6007

a. Die Urteile in den Rechtssachen *Von Colson und Kamann*⁶⁹⁷ und *Harz*⁶⁹⁸

In seinen fast identischen Entscheidungen in den Rechtssachen *Von Colson und Kamann* und *Harz* erlegte der Gerichtshof den mitgliedstaatlichen Gerichten erstmals die Pflicht auf, ihr nationales Recht richtlinienkonform auszulegen.⁶⁹⁹ Dort führte der Gerichtshof im Hinblick auf § 611a BGB a.F. aus, als Sanktion für einen Verstoß gegen das in Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG⁷⁰⁰ verankerte Verbot der geschlechtsspezifischen Diskriminierung reiche eine symbolische Entschädigung (wie der bloße Ersatz des Vertrauensschadens) nicht aus. Ausgehend davon befürwortete der Gerichtshof die Pflicht des nationalen Gerichts, den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen im Wege der richtlinienkonformen Auslegung Genüge zu tun, und zwar „unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt“.⁷⁰¹

Unter Bezugnahme auf diese Entscheidung lehnte das Bundesarbeitsgericht eine richtlinienkonforme Auslegung von § 611 a BGB a.F. wegen des eindeutigen Wortlauts der Bestimmung, die einen den Vertrauensschaden übersteigenden Anspruch auf Schadensersatz ausschließe, ab. Das Gericht sah die geschlechtsspezifische Benachteiligung jedoch als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und damit als Rechtsgutverletzung i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB an. Der Ersatz des daraus resultierenden immateriellen Schadens sei auch nicht durch § 611 a BGB a.F. ausgeschlossen. Grundsätzlich würden zwar die auf Gesetz beruhenden Haftungsbeschränkungen auch für deliktische Ansprüche gelten, jedoch schließe die § 611 a BGB a.F. zugrunde liegende Beschränkung auf den Ersatz des Vertrauensschadens nur weitergehende Ansprüche auf Ersatz des materiellen Schadens, nicht aber auch solche auf Ersatz des immateriellen Schadens aus.⁷⁰² Ob dieses Ergebnis noch im Bereich der vom deutschen Recht eingeräumten Beurteilungsspielräume liegt, muss allerdings bezweifelt werden.⁷⁰³ Jedenfalls stand die vom Bundesarbeitsgericht gewählte Auslegung in offenem Widerspruch zu der damals geltenden Fassung des § 253 BGB, der zufolge ein

⁶⁹⁷ EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, I-1891

⁶⁹⁸ EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83, Slg. 1984, I-1921

⁶⁹⁹ zur vorangegangenen Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH betreffend die richtlinienkonforme Auslegung vgl. Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, 32 ff.

⁷⁰⁰ Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 1976 Nr. L, 40

⁷⁰¹ EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 14/83, a.a.O. (Rn. 21 ff.); Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83, a.a.O. (Rn. 21 ff.)

⁷⁰² EuGH, Urt. v. 14.3.1989, BAGE 61, 209 (212 ff.); Urt. v. 14.3.1989, BAGE 61, 219 (222 ff.)

⁷⁰³ Götz, Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien, NJW 1992, 1849 (1854), spricht in diesem Zusammenhang von einer „Überspielung“ der unzureichenden Regelungen des Umsetzungsgesetzes mit den Generalklauseln des Deliktsrechts; Nicolaysen, Richtlinienwirkung und Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zum Beruf, EuR 1984, 380 (383 ff.), nimmt eine Auslegung *contra legem* an

Ersatz immaterieller Schäden nur in den gesetzlich angeordneten Fällen in Betracht kommt. Angesichts des klaren Wortlauts von § 611 a BGB a.F. ist daher von einer Überschreitung der durch die nationale Norm gesetzten Ermessensspielräume auszugehen.

Teilweise wird die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache *Von Colson und Kamann* als Beispiel einer vom Gerichtshof entwickelten richterlichen Rechtsfortbildung angesehen, die von der richtlinienkonformen Auslegung zu unterscheiden sei und auch anderen methodischen und verfassungsrechtlichen Maßstäben unterliege.⁷⁰⁴

Bemerkenswert ist, dass weite Teile des Schrifttums in Reaktion auf das Urteil des EuGH die Ansicht vertraten, dass § 611 a BGB a.F. als richtlinienwidriges Recht unbeachtlich sei und schon aus diesem Grund anderen Schadensersatzansprüchen nicht entgegen stehen könne.⁷⁰⁵

Insbesondere von den Befürwortern des *legal review*⁷⁰⁶ wird die Entscheidung als weiteres Indiz für die Maßstabsfunktion des Gemeinschaftsrechts angesehen.⁷⁰⁷

b. Das Urteil in der Rechtssache *Dekker*⁷⁰⁸

Anknüpfend an die Entscheidungen *Von Colson und Kamann* und *Harz* stellte der Gerichtshof in der Rechtssache *Dekker* fest, dass die praktische Wirksamkeit von Bestimmungen der Richtlinie 76/207/EWG erheblich beeinträchtigt wäre, wenn die Haftung eines Arbeitgebers wegen eines Verstoßes gegen das in Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie verankerte Verbot der geschlechtsspezifischen Diskriminierung davon abhinge, dass keine nationalen Rechtfertigungsgründe vorliegen.

Dies könnte man so verstehen, dass der Gerichtshof alle nationalen Rechtsvorschriften, die dem Schadensersatzanspruch eines Arbeitnehmers gegenüber dem ihn diskriminierenden Arbeitgeber entgegenstehen können, insoweit als unwirksam betrachtet – unabhängig davon, ob das nationale Recht in einer dementsprechenden Weise auslegbar ist. Die Äußerungen des Gerichtshofes verlieren jedoch an Schärfe, wenn man die der Entscheidung zugrunde liegende Fallkonstellation näher betrachtet. So formulierte die *Arrondissementsrechtsbank*, das vorlegende nationale Gericht, im Fall *Dekker* seine Fragen bereits im Hinblick auf die

⁷⁰⁴ Nettesheim, Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AöR 119 (1994), 261 (263 ff.)

⁷⁰⁵ vgl. die Darstellung des Meinungsstandes bei Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, 90

⁷⁰⁶ vgl. unter § 8 B.III.1.a.

⁷⁰⁷ Bach, Direkte Wirkungen von EG-Richtlinien, JZ 1990, 1108 (1113); Langenfeld, Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien, DÖV 1992, 955 (Fn. 73)

⁷⁰⁸ Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88, Slg. 1990, I-3941 (3975 f.)

Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung.⁷⁰⁹ Es ist daher davon auszugehen, dass das nationale Gericht vom Vorliegen von Interpretationsspielräumen ausging. Wie bereits erwähnt wurde, obliegt die Entscheidung darüber, ob und inwieweit Normen des nationalen Rechts eine richtlinienkonforme Auslegung ermöglichen, nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes allein den nationalen Gerichten. Der Gerichtshof ist an ihre Beurteilung gebunden, da es sich insoweit ausschließlich um eine Frage der Auslegung nationalen Rechts handelt.

c. Das Urteil in der Rechtssache *Marleasing*⁷¹⁰

In dieser Entscheidung gelangte der Europäische Gerichtshof zu der Auffassung, dass die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts anhand des Art. 11 der Richtlinie 68/151/EWG⁷¹¹ (Publizitätsrichtlinie), der die Nichtigkeitsgründe von Aktiengesellschaften abschließend aufzählt, es verbietet, die nationalen Rechtsvorschriften über Aktiengesellschaften derart auszulegen, dass die Nichtigkeit einer Aktiengesellschaft aus anderen als den in der Richtlinie aufgezählten Gründen ausgesprochen werden kann.⁷¹²

Im Ergebnis hatte damit aber die richtlinienkonforme Interpretation eine Einschränkung des Anwendungsbereichs nationaler Rechtsnormen gegen ihren klaren Wortlaut zur Folge. Da die Richtlinie zum streitgegenständlichen Zeitpunkt noch nicht in spanisches Recht umgesetzt worden war, sollten nach herrschender Rechtslehre nämlich die allgemeinen Vorschriften über die Nichtigkeit von Verträgen zur Anwendung gelangen. Die insoweit einschlägigen Artikel 1261 und Artikel 1275 des spanischen Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmten, dass Verträge ohne rechtlichen Grund oder mit einem unerlaubten Grund unwirksam sind. Unter dem Blickwinkel des Erfordernisses ihrer richtlinienkonformen Auslegung verbot sich nach Auffassung des Gerichtshofes eine Auslegung dieser Vorschriften dergestalt, dass die Nichtigkeitserklärung von Aktiengesellschaften auch aus anderen als den in der Richtlinie 68/151/EWG genannten Nichtigkeitsgründen ausgesprochen werden konnte. Durch diese vom Wortlaut der nationalen Rechtsvorschriften nicht mehr gedeckte Einschränkung ihres

⁷⁰⁹ vgl. Classen, Zur Bedeutung von EWG-Richtlinien für Privatpersonen, EuZW 1993, 83 (87)

⁷¹⁰ EuGH, Urt. v. 13.11.1990, Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135

⁷¹¹ Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9.3.1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2 EWGV im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. EWG 1968 Nr. L 65, 8

⁷¹² EuGH, Urt. v. 13.11.1990, a.a.O. (Rn. 9)

Anwendungsbereichs überschritt der Europäische Gerichtshof die im spanischen Recht geltenden Grenzen der Gesetzesauslegung.

Im Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass der Gerichtshof den *effet utile* der Publizitätsrichtlinie auch durch einen schonenderen Eingriff in die nationale Rechtsanwendungspraxis hätte gewährleisten können.⁷¹³ So hätte er dem nationalen Gericht nahe legen können, von der ständigen spanischen Rechtsprechung, der zufolge mangels spezieller gesellschaftsrechtlicher Regelungen die Artikel 1261 und Artikel 1275 des spanischen Bürgerlichen Gesetzbuches als allgemeine Vorschriften zur Anwendung gelangen, abzuweichen. Damit wäre nach dieser Auffassung eine nach nationalem Recht vertretbare richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts unter Vermeidung eines direkten Konflikts mit dem geschriebenen Recht möglich gewesen, so dass die Entscheidung im Ergebnis zu billigen sei.

Gegen diese Argumentation spricht jedoch, dass die systematische Einordnung der Rechtsnormen den nationalen Rechtsanwendungsorganen vorbehalten bleiben muss und nicht der Beurteilung durch den Europäischen Gerichtshofes unterliegt. Im vorliegenden Fall ging das vorlegende Gericht, der *Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Oviedo*, davon aus, dass die Vorschriften über die Nichtigkeit von Verträgen entsprechend anwendbar sind. Daher wird an der Entscheidung auch kritisiert, dass sich der Gerichtshof sehr weitgehend in die Auslegung des nationalen Rechts einmische, wenn er dem nationalen Gericht eine bestimmte Auslegung verbiete.⁷¹⁴ Insoweit gehe es nicht mehr um Auslegung im herkömmlichen Sinne, sondern um eine „Änderung des Verständnisses vom Inhalt des spanischen Rechts durch Integration der Richtlinie“.⁷¹⁵

Ginge man von einer derart weitreichenden Pflicht zu richtlinienkonformer Interpretation aus wie sie *Marleasing* zugrunde liegt, würde die nationale Rechtsnorm ihre Bedeutung als Determinante für das Ausmaß der richtlinienkonformen Auslegung gänzlich einbüßen. Je mehr sich die richtlinienkonforme Auslegung von der mitgliedstaatlichen Rechtsnorm als ihrem Anknüpfungspunkt löst, desto stärker verschwimmen die Konturen dieser Rechtsfigur. Zudem käme Richtlinienbestimmungen dann auch in horizontalen Rechtsbeziehungen eine der unmittelbaren Wirkung vergleichbare Bedeutung zu, ohne dass die für die unmittelbare Wirkung geltenden Beschränkungen einschlägig wären. Diese

⁷¹³ Iglesias/Riechenberg, Zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts, in: FS Everling, 1213 (1220 ff.)

⁷¹⁴ Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung, 73

⁷¹⁵ Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593 (597)

Entwicklung ist jedoch durch den Prüfungsmaßstab des Europäischen Gerichtshofes, wonach dem *effet utile* des Gemeinschaftsrechts maßgebliche Bedeutung zukommt, vorgezeichnet.

d. Das Urteil in der Rechtssache *Wagner Miret*⁷¹⁶

Gegenstand der Rechtssache *Wagner Miret* war die Umsetzung der Richtlinie 80/987/EWG⁷¹⁷, die die Mitgliedstaaten verpflichtet, Einrichtungen zu schaffen, die Arbeitnehmern im Falle der Insolvenz ihrer Arbeitgeber die Befriedigung nicht erfüllter Ansprüche garantieren. Der Kläger des Ausgangsverfahrens, ein leitender Angestellter, begehrte vom spanischen Lohngarantiefonds Ausgleich für die ihm aufgrund der Zahlungsunfähigkeit seines Arbeitgebers entgangenen Bezüge. Der einzige spanische Garantiefonds schloss jedoch leitende Angestellte von seinem Anwendungsbereich aus. In seinem Urteil stellte der Gerichtshof zunächst fest, dass der Ausschluss von leitenden Angestellten einen Verstoß gegen die Richtlinie darstellt, da Spanien keinen Gebrauch von der nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie bestehenden Möglichkeit gemacht hat, den Ausschluss von leitenden Angestellten vom Anwendungsbereich der Richtlinie zu beantragen.⁷¹⁸ Eine Befriedigung der Ansprüche leitender Angestellter durch die für die übrigen Gruppen von Angestellten geschaffene Garantieeinrichtung – womit die Frage der unmittelbaren Wirkung der Richtlinie angesprochen ist – lehnte der Gerichtshof wegen des weiten Ermessensspielraums, den die Richtlinie den Mitgliedstaaten bezüglich der Ausgestaltung der Garantieeinrichtungen einräumt, ab.⁷¹⁹ Allerdings seien die nationalen Gerichte zur richtlinienkonformen Auslegung des mitgliedstaatlichen Rechts insbesondere dann verpflichtet, wenn ein Mitgliedstaat seine bereits bestehenden Vorschriften als richtlinienkonform erachtet. Anschließend begnügte sich der Gerichtshof jedoch mit der Äußerung, der Vorlagebeschluss deute darauf hin, dass eine richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Vorschriften nicht möglich ist. Für diesen Fall wies der Gerichtshof auf die Möglichkeit hin, von dem betreffenden Mitgliedstaat Ersatz der aufgrund der Nichtumsetzung entstandenen Schäden zu verlangen.⁷²⁰

⁷¹⁶ EuGH, Urt. v. 16.12.1993, Rs. C-334/92, Slg. 1993, I-6911

⁷¹⁷ Richtlinie 80/987/EWG des Rates vom 20.10.1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl. EWG 1980 Nr. L 283, 23

⁷¹⁸ EuGH, Urt. v. 16.12.1993, a.a.O. (6929 f.)

⁷¹⁹ EuGH, Urt. v. 16.12.1993, a.a.O. (Rn. 17 ff.)

⁷²⁰ EuGH, Urt. v. 16.12.1993, a.a.O. (Rn. 20 ff.)

Diese Zurückhaltung des Gerichtshofes, die in deutlichem Kontrast zum *Marleasing*-Urteil steht, dürfte darauf zurückzuführen sein, dass der Sachverhalt Parallelen zur Rechtssache *Francovich*⁷²¹ aufweist und so eine Inanspruchnahme des Mitgliedstaates aufgrund der Nichtumsetzung der Richtlinie nahe lag.

e. Das Urteil in der Rechtssache *Arcaro*⁷²²

Die Entscheidung *Arcaro* ist nicht nur für die Beschränkung der Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung durch primäres Gemeinschaftsrecht von großer Bedeutung,⁷²³ sondern auch für die Frage, inwieweit das nationale Recht eine richtlinienkonforme Auslegung zulässt. Überraschend deutlich hat der Gerichtshof in seinen Urteilsgründen darauf hingewiesen, dass eine richtlinienkonforme Auslegung ausscheidet, „wenn sie dazu führt, dass einem einzelnen eine in einer nicht umgesetzten Richtlinie vorgesehene Verpflichtung entgegengehalten wird“.⁷²⁴

Diese Passage wird zum Teil als deutliche Absage an Bestrebungen verstanden, mittels einer extensiven richtlinienkonformen Auslegung nationaler Rechtsvorschriften der unmittelbaren Wirkung vergleichbare Ergebnisse zu erreichen.⁷²⁵ Würde die Entscheidung *Arcaro* darüber hinaus auch bedeuten, dass die richtlinienkonforme Auslegung niemals zur Belastung eines einzelnen führen darf, wäre ihre Reichweite drastisch eingeschränkt, da die richtlinienkonforme Auslegung oftmals gerade in Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Privatpersonen zum Tragen kommt und so zwangsläufig die Belastung einer beteiligten Partei zur Folge hat. Danach wäre jegliche durch die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts vermittelte mittelbare horizontale Wirkung ausgeschlossen. Die richtlinienkonforme Auslegung würde nur noch in Rechtsbeziehungen zwischen einzelnen und dem Mitgliedstaat zu Lasten des letzteren wirken. Angesichts des Zusammenhangs, in dem *Arcaro* erging, ist jedoch nicht zu vermuten, dass der Europäische Gerichtshof eine derart weitreichende Aussage treffen wollte. Gegenstand des nationalen Ausgangsverfahren war ein Strafverfahren gegen den Angeklagten, Herrn Arcaro, in dem dieser sich u.a. wegen der Verletzung einer Verpflichtung aus einer nicht ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzten EG-Richtlinie

⁷²¹ EuGH, Urt. v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 u. C-9/90, Slg. 1991, I-5357

⁷²² EuGH, Urt. v. 26.9.1996, Rs. C-168/95, Slg. 1996, I-4705

⁷²³ siehe hierzu unter I.1.

⁷²⁴ EuGH, Urt. v. 26.9.1996, a.a.O. (Rn. 39 ff.)

⁷²⁵ vgl. Craig, Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation, E.L.Rev. 1997, 519 (526 ff., 535 ff.)

verantworten musste. Somit liegt es nahe, dass der Europäische Gerichtshof die richtlinienkonforme Auslegung nur insoweit ausschließen wollte, als diese es einem säumigen Mitgliedstaat ermöglichen würde, einem einzelnen eine Verpflichtung aus der nicht umgesetzten Richtlinie entgegen zu halten.⁷²⁶ Demnach ist die Entscheidung so zu interpretieren, dass eine richtlinienkonforme Auslegung nur insoweit ausscheidet, als durch sie einer Privatperson zugunsten des (säumigen) Mitgliedstaates eine Verpflichtung auferlegt wird. Demgegenüber kann die richtlinienkonforme Auslegung auch nach *Arcaro* weiterhin zu Lasten des Staates sowie – in horizontalen Rechtsverhältnissen – zu Lasten eines Dritten wirken.

f. Das Urteil in der Rechtssache *Océano Grupo Editorial*⁷²⁷

Gegenstand der Rechtssache *Océano Grupo Editorial* war die Auslegung der Richtlinie 93/13/EWG⁷²⁸. Die Vorlagefrage zielte darauf ab, ob ein nationales Gericht die Missbräuchlichkeit der in einen Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher aufgenommenen Klausel von Amts wegen beurteilen darf. Durch die im betreffenden Fall vereinbarten Klauseln wurde der ausschließliche Gerichtsstand jeweils dem Gericht zugewiesen, in dessen Bezirk die Gewerbetreibenden ihre Niederlassungen hatten. Nachdem das Gericht die Missbräuchlichkeit der Klausel i.S.v. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG festgestellt hatte, leitete es aus dem Schutzzweck von Art. 6 der Richtlinie, wonach die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass missbräuchliche Klauseln für den Verbraucher unverbindlich sind, her, dass die nationalen Gerichte in der Lage sein müssten, die Missbräuchlichkeit von Klauseln in Verbraucherverträgen von Amts wegen zu prüfen. Da die Richtlinie zu dem für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht in nationales Recht umgesetzt war, musste das vorlegende Gericht nach Auffassung des Gerichtshofes die entscheidungserheblichen nationalen Rechtsvorschriften „soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen und auf diese Weise Art. 189 Abs. 3 EGV [jetzt Art.

⁷²⁶ so auch Arnulf, Editorial – The incidental effects of directives, E.L.Rev. 1999, 1; Lenz/Tynes/Young, Horizontal What? Back to Basics, E.L.Rev. 2000, 509 (513). Nach der Auffassung von GA Jacobs soll diese Einschränkung der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nur im Rahmen von Strafverfahren gelten (Schlussanträge von GA Jacobs in der Rechtssache C-456/98, Slg. 2000, I-6007 (Rn. 33 f.))

⁷²⁷ EuGH, Urt. v. 27.6.2000, Verb. Rs. C-240/98 und C-244/98, Slg. 2000, I-4941

⁷²⁸ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 Nr. L 95, 29

249 Abs. 3 EG] nachzukommen“. Das Erfordernis einer richtlinienkonformen Auslegung verlange es insbesondere, dass das nationale Gericht der Auslegung den Vorzug gibt, die es ihm erlaubt, seine Zuständigkeit von Amts wegen zu verneinen, wenn diese durch eine missbräuchliche Klausel vereinbart worden ist.⁷²⁹

Im vorliegenden Fall war eine derartige Auslegung jedoch nicht vom Wortlaut der nationalen Vorschriften gedeckt. Zwar sind nach der einschlägigen materiell-rechtlichen spanischen Bestimmung missbräuchliche Klauseln, die den Verbraucher unverhältnismäßig und unbillig benachteiligen oder zu einem Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten der Vertragsparteien zum Nachteil der Verbraucher führen, von Rechts wegen nichtig.⁷³⁰ Der Wortlaut dieser Regelung steht der Feststellung, dass die vorgenannten Gerichtsstandsklauseln missbräuchlich sind, also nicht entgegen. Anders verhält es sich jedoch mit der Befugnis der spanischen Gerichte, die Missbräuchlichkeit von Amts wegen festzustellen. Generalanwalt Saggio weist in seinen Schlussanträgen zutreffend darauf hin, dass das spanische Verfahrensrecht keine Rechtsgrundlage kennt, auf die eine solche Befugnis gestützt werden könnte.⁷³¹ Generalanwalt Saggio kommt zu dem Ergebnis, dass eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts in der vorliegenden Fallkonstellation ausscheidet, da die spanische Verfahrensvorschrift – die auch bei Verträgen zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher eine Gerichtsstandvereinbarung erlaubt, der zufolge das Gericht am Sitz des Gewerbetreibenden für Streitigkeiten aus dem Vertrag ausschließlich zuständig ist – zu der Richtlinie in offenem Widerspruch steht.⁷³²

g. Die Urteile in den Rechtssachen *Bellone*⁷³³ und *Centrosteel*⁷³⁴

Gegenstand der Rechtssache *Centrosteel* war die Auslegung der Richtlinie 86/653/EWG⁷³⁵ betreffend selbständige Handelsvertreter. Das vorlegende Gericht, der *Pretore di Brescia*, hatte Zweifel an der Vereinbarkeit einer italienischen Rechtsvorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht. So durfte nach Art. 9 des Gesetzes Nr. 204⁷³⁶ nicht als Handelsvertreter

⁷²⁹ EuGH, Urt. v. 27.6.2000, Verb. Rs. C-240/98 und C-244/98, a.a.O. (Rn. 30 ff.)

⁷³⁰ vgl. Art. 10 Abs. 4 des Gesetzes 26/184 (Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, BOE Nr. 176 vom 24.7.1984)

⁷³¹ Schlussanträge von GA Saggio vom 16.12.1999, Slg. 2000, I-4943 (4946)

⁷³² Schlussanträge von GA Saggio vom 16.12.1999, a.a.O. (4954)

⁷³³ EuGH, Urt. v. 30.4.1998, Rs. C-215/97, Slg. 1998, I-2191

⁷³⁴ EuGH, Urt. v. 13.7.2000, Rs. C-456/98, Slg. 2000, I-6007

⁷³⁵ Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl. 1986, Nr. L 382, 17

⁷³⁶ Gesetz Nr. 204 vom 3.5.1985, GURI Nr. 119 vom 22.5.1985, 3623

tätig sein, wer nicht in ein bei jeder italienischen Handelskammer zu führendes Handelsvertreterregister eingetragen war. Art. 1418 des italienischen Zivilgesetzbuches bestimmt, dass ein Vertrag nichtig ist, wenn er mit einer zwingenden Vorschrift unvereinbar ist. Nach der ständigen Rechtsprechung der *Corte di Cassazione* handelte es sich bei Art. 9 des Gesetzes Nr. 204 um eine derartige Vorschrift.

Das Gericht sah sich nicht in der Lage, auf der Grundlage der Richtlinie zu einer Entscheidung der bei ihm anhängigen Rechtssache zu gelangen, obwohl der Gerichtshof in der Rechtssache *Bellone* bereits in einer identischen Fallkonstellation entschieden hatte, dass die Bestimmungen der Richtlinie 86/653/EWG Rechtsvorschriften entgegenstehen, die für den Fall der Nichteintragung in ein Handelsregister die Nichtigkeit des Handelsvertretervertrages vorsehen. Nach Auffassung des *Pretore di Brescia* können Richtlinien im Verfahren zwischen Privatpersonen keine direkte Wirkung entfalten, so dass ein Rückgriff auf die Vorschriften des EG-Vertrages erforderlich sei.

Der Europäische Gerichtshof ging jedoch auf die Vorlagefragen zur Auslegung der Vertragsbestimmungen über die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit nicht ein, sondern wies stattdessen auf seine Rechtsprechung zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts hin.⁷³⁷ Bei seiner Entscheidung kam dem Gerichtshof zugute, dass die *Corte di Cassazione* nach dem *Bellone*-Urteil ihre Rechtsprechung geändert hatte und nunmehr die fehlende Eintragung im Sinne von Art. 9 des Gesetzes Nr. 204 nicht mehr als einen die Nichtigkeit des Handelsvertretervertrages begründenden Verstoß gegen eine zwingende Rechtsvorschrift ansah. Da die gemeinschaftswidrige Rechtslage in Italien nur auf einer ständigen Rechtsprechung beruhte, war der Konflikt mit der Änderung dieser Rechtsprechung gelöst.

h. Das Urteil in der Rechtssache *Heininger*⁷³⁸

In der Rechtssache *Heininger* entschied der Gerichtshof, dass der nationale Gesetzgeber durch die Richtlinie 85/577/EWG⁷³⁹ daran gehindert ist, das Widerrufsrecht nach Artikel 5 dieser Richtlinie für den Fall, dass der Verbraucher nicht gemäß Artikel 4 dieser Richtlinie belehrt wurde, auf ein Jahr nach Vertragsschluss zu befristen.⁷⁴⁰ Obwohl der Gerichtshof in dieser

⁷³⁷ EuGH, Urt. v. 13.7.2000, Rs. C-456/98, a.a.O. (6026 f.)

⁷³⁸ EuGH, Urt. v. 13.12.2001, Rs. C-481/99, EuZW 2002, 84

⁷³⁹ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG 1985, Nr. L 372, 31

⁷⁴⁰ EuGH, Urt. v. 13.12.2001, a.a.O. (Rn. 48)

Entscheidung weder auf seine Judikatur zur unmittelbaren Wirkung noch zur richtlinienkonformen Auslegung Bezug nahm, ergibt sich aus dem Vorlagebeschluss des *Bundesgerichtshofes*, dass dieser selbst von der Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Rechts ausgeht.⁷⁴¹ Da die letztverbindliche Entscheidung darüber, in welchem Umfang das nationale Recht Auslegungsspielräume bereit hält, allein den nationalen Gerichten obliegt, kann dem Urteil keine Aussage über die Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung entnommen werden.⁷⁴²

i. Das Urteil in der Rechtssache *Cofidis*⁷⁴³

In dieser Rechtssache wurde dem Gerichtshof nach *Océano Grupo Editorial* erneut eine Frage betreffend die Auslegung der Richtlinie 93/13/EWG zur Vorabentscheidung vorgelegt. Das *Tribunal d'instance Vienne* hatte Zweifel an der Vereinbarkeit einer Regelung des französischen Rechts mit den Bestimmungen der Richtlinie 93/13/EWG. Nach der französischen Regelung kann die Missbräuchlichkeit einer Vertragsklausel in einem Gerichtsverfahren zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher nur innerhalb einer Ausschlussfrist von zwei Jahren nach Vertragsschluss geltend gemacht werden.

Ausgehend von seiner Entscheidung in der Rechtssache *Océano Grupo Editorial* stellte der Gerichtshof zunächst fest, dass die Richtlinie 93/13/EWG den Schutz der Verbraucher in allen Fällen bezweckt, in denen sich ein Verbraucher, der mit einem Gewerbetreibenden einen Vertrag geschlossen hat, nicht auf die Missbräuchlichkeit einer Klausel dieses Vertrages beruft, weil er seine Rechte nicht kennt oder durch die Kosten eines Klageverfahrens von der Durchsetzung seiner Rechte abgeschreckt würde. Daher sei die verfahrensrechtliche Festlegung einer zeitlichen Begrenzung für die Befugnis des nationalen Gerichts, solche Klauseln von Amts wegen oder auf die Einrede des Verbrauchers hin unberücksichtigt zu lassen, geeignet, die Effektivität des von den Artikeln 6 und 7 der Richtlinie 93/13/EWG beabsichtigten Schutzes zu beeinträchtigen, weil die Gewerbetreibenden nach Ablauf dieser Frist die missbräuchlichen Klauseln durchsetzen könnten. Im Hinblick auf den Hinweis der französischen Regierung auf den Grundsatz der Verfahrensautonomie wies der Gerichtshof

⁷⁴¹ EuGH, Urt. v. 13.12.2001, a.a.O. (Rn. 20 ff.)

⁷⁴² a.A. Reich/Rörig, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 13.12.2001, Rs. C-481/99, EuZW 2002, 87 (88 f.), die von einer Verdrängung des der Umsetzungsnorm widersprechenden allgemeinen Rechts ausgehen, da die Umsetzungsnorm eine der Richtlinie entsprechende Verpflichtung vorsehe

⁷⁴³ EuGH, Urt. v. 21.11.2002, Rs. C-473/00, EuZW 2003, 27

auf seine Entscheidung in der Rechtssache *Peterbroeck*⁷⁴⁴ hin. Nach dieser Entscheidung ist die Frage, ob eine nationale Verfahrensvorschrift die Anwendung des Gemeinschaftsrechts unmöglich macht oder übermäßig erschwert, in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung der Stellung dieser Vorschrift im gesamten Verfahren vor den verschiedenen nationalen Stellen sowie des Ablaufs und der Besonderheiten dieses Verfahrens zu prüfen.⁷⁴⁵ Der Europäische Gerichtshof beantwortete die Vorlagefrage des nationalen Gerichtes dahin gehend, dass der den Verbrauchern durch die Richtlinie 93/13/EWG gewährte Schutz einer innerstaatlichen Regelung entgegenstehe, die es dem nationalen Gericht verwehrt, im Rahmen einer von einem Gewerbetreibenden gegen einen Verbraucher erhobenen Klage nach Ablauf einer Ausschlussfrist auf Einrede des Verbrauchers hin oder von Amts wegen die Missbräuchlichkeit einer in diesem Vertrag enthaltenen Klausel festzustellen.⁷⁴⁶

j. Das Urteil in der Rechtssache *Pfeiffer*⁷⁴⁷

Gegenstand dieser Entscheidung waren mehrere Vorlagefragen des Arbeitsgerichts Lörrach betreffend die Auslegung des Artikels 2 der Richtlinie 89/391/EWG⁷⁴⁸ sowie der Artikel 1 Absatz 3, 6 und 18 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer i der Richtlinie 93/104/EG⁷⁴⁹. Den Vorlagefragen lagen sieben Rechtsstreitigkeiten zugrunde, in denen (ehemalige) Mitarbeiter des Deutschen Roten Kreuzes mit dem Deutschen Roten Kreuz im Wesentlichen darüber stritten, ob bei der Berechnung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit die Zeit der Arbeitsbereitschaft zu berücksichtigen ist, die die betroffenen Arbeitnehmer im Rahmen ihrer Beschäftigung beim Deutschen Roten Kreuz als Rettungsassistenten zu leisten hatten oder haben. In ihren Arbeitsverträgen hatten die Parteien der Ausgangsverfahren vereinbart, dass die Regelungen des Tarifvertrages des Deutschen Roten Kreuzes (DRK-TV) Anwendung finden. Nach Feststellung des Arbeitsgerichts Lörrach betrug die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit auf der Grundlage dieser tariflichen Regelungen im Bereich des vom Deutschen Roten Kreuz betriebenen Rettungsdienstes 49 Stunden. Die regelmäßige Arbeitszeit sei nämlich wegen der Verpflichtung der Betroffenen, durchschnittlich mindestens

⁷⁴⁴ EuGH, Urt. v. 14.12.1995, Rs. C-312/93, Slg. 1995, I-4599

⁷⁴⁵ EuGH, Urt. v. 14.12.1995, Rs. C-312/93, a.a.O. (Rn. 12 ff.)

⁷⁴⁶ EuGH, Urt. v. 21.11.2002, a.a.O. (29 f.)

⁷⁴⁷ EuGH, Urt. v. 9.3.2004, Verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835

⁷⁴⁸ Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12.6.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABl. EG 1989, Nr. L 183, 1

⁷⁴⁹ Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23.11.1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. EG 1993, Nr. L 307, 18

drei Stunden täglich Arbeitsbereitschaft zu leisten, nach § 14 Absatz 2 Buchstabe b DRK-TV verlängert worden. Während die Kläger der Ausgangsverfahren die Anordnung des Deutschen Roten Kreuzes, mit der die wöchentliche Arbeitszeit auf 49 Stunden festgesetzt wird, wegen eines Verstoßes gegen die Richtlinie 93/104 für unzulässig hielten, vertrat das Deutsche Rote Kreuz die Auffassung, dass seine Anordnung zur Verlängerung der Arbeitszeit die tariflichen und nationalen gesetzlichen Bestimmungen einhält.

Der Europäische Gerichtshof entschied, dass Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer i der Richtlinie 93/104 dahingehend auszulegen ist, dass die Überschreitung der in Artikel 6 der Richtlinie vorgesehenen wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden nur bei ausdrücklicher und freier Zustimmung des einzelnen Arbeitnehmers rechtswirksam ist. Der Verweis auf einen hiervon abweichenden Tarifvertrag im Arbeitsvertrag des Betroffenen genüge nicht. Artikel 6 Nummer 2 der Richtlinie 93/104 sei so auszulegen, dass er einer mitgliedstaatlichen Regelung entgegensteht, die bei geleisteter Arbeitsbereitschaft eine Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 48 Stunden zulässt.⁷⁵⁰ Wenngleich Artikel 6 Nummer 2 der Richtlinie 93/104 nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes die Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung erfüllt, lehnte der Gerichtshof eine unmittelbare Wirkung im vorliegenden Fall unter Hinweis auf seine Rechtsprechung zur Ablehnung der horizontalen unmittelbaren Wirkung ab.⁷⁵¹

Zugleich wies der Gerichtshof auf die Verpflichtung des nationalen Gerichts zur richtlinienkonformen Auslegung seines nationalen Rechts hin. Dabei betonte der Europäische Gerichtshof ausdrücklich, dass die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung nicht auf die Auslegung der zur Umsetzung der fraglichen Richtlinie erlassenen innerstaatlichen Bestimmungen beschränkt sei, sondern verlange, dass das nationale Gericht das gesamte nationale Recht berücksichtigt. Ermögliche es das nationale Recht durch die Anwendung seiner Auslegungsmethoden, eine innerstaatliche Bestimmung unter bestimmten Umständen so auszulegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, oder die Reichweite dieser Bestimmung zu diesem Zweck einzuschränken und sie nur insoweit anzuwenden, als sie mit dieser Norm vereinbar ist, sei das nationale Gericht verpflichtet, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen.⁷⁵²

⁷⁵⁰ EuGH, Urt. v. 9.3.2004, a.a.O. (Rn. 89 ff.)

⁷⁵¹ EuGH, Urt. v. 9.3.2004, a.a.O. (Rn. 102 ff.)

⁷⁵² EuGH, Urt. v. 9.3.2004, a.a.O. (Rn. 110 ff.)

k. Zusammenfassung

Die vorstehend erörterten Urteile veranschaulichen, in welchem Ausmaß die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu den Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung von Uneinheitlichkeit geprägt ist. Entscheidungen, in denen der Gerichtshof die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung unter Berücksichtigung des Auslegungsspielraums der betreffenden nationalen Rechtsvorschriften sehr zurückhaltend interpretiert hat, stehen Urteilen gegenüber, in denen der Gerichtshof den nationalen Gerichten eine richtlinienkonforme Auslegung nahe legte, obwohl das nationale Recht die Erreichung des Richtlinienziels auf der Ebene der Normkonkretisierung nicht ohne Systembruch zuließ. Dennoch lassen gerade die in jüngerer Zeit erlassenen Entscheidungen den Schluss zu, dass die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes nicht durch die nationalen Auslegungsregeln beschränkt ist.

Besonders deutlich ist dies in der Rechtssache *Océano Grupo Editorial* erkennbar, wo der Gerichtshof nachdrücklich auf die Möglichkeit der richtlinienkonformen Auslegung hinwies, obwohl im nationalen Recht erkennbar kein Anknüpfungspunkt für eine richtlinienkonforme Auslegung vorhanden war. Diese Entscheidung ist ein weiteres Indiz für die allmähliche Abkehr des Gerichtshofes von seiner früheren Position der uneingeschränkten Ablehnung der horizontalen unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien. Zwar sprach der Gerichtshof in *Océano Grupo Editorial* den Art. 3 und 6 der Richtlinie 93/13/EWG keine unmittelbare Wirkung zu, sondern bestätigte die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung. Dadurch, dass der Gerichtshof eine richtlinienkonforme Auslegung verlangte, obwohl im nationalen Recht kein Anknüpfungspunkt für sie bestand, verlieh er den Art. 3 und 6 der Richtlinie 93/13/EWG im Ergebnis unmittelbare horizontale Wirkung.⁷⁵³

Nähme man eine derart weitreichende Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung an, würde die Abgrenzung zwischen der unmittelbaren Wirkung in horizontalen Rechtsbeziehungen und der durch richtlinienkonforme Auslegung veranlassten mittelbaren horizontalen Wirkung jegliche Bedeutung verlieren. Dies ist insofern bedenklich, als eine richtlinienkonforme Auslegung gerade dann in Betracht kommt, wenn die betreffenden Richtlinienbestimmungen weder hinreichend bestimmt noch unbedingt sind und daher die normstrukturellen Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung nicht erfüllen. Einschränkend ist anzumerken, dass die *materiell-rechtlichen* spanischen Vorschriften in *Océano Grupo*

⁷⁵³ Stuyck, Joined Cases C-240/98 to C-244/98, C.M.L.Rev. 2001, 719 (734 f.)

Editorial durchaus Raum für eine richtlinienkonforme Interpretation boten. Es ging lediglich um die Frage, ob das nationale Gericht die Nichtigkeit der richtlinienwidrigen Vorschrift von Amts wegen aussprechen konnte, obwohl das spanische Verfahrensrecht keinen Anknüpfungspunkt für eine entsprechende Auslegung bot.

Es muss davon ausgegangen werden, dass die Entscheidung *Océano Grupo Editorial* richtungsweisend für die zukünftige Rechtsprechung des Gerichtshofes ist. Zwar ist es dem Europäischen Gerichtshof in der späteren Entscheidung *Centroteel* erspart geblieben, eindeutig Position zu beziehen. Auch dem Urteil *Heininger* kann eine unmittelbare Aussage zur Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung nicht entnommen werden, da das nationale Gericht, der Bundesgerichtshof, in seiner Vorlagefrage erkennbar davon ausgegangen ist, dass eine richtlinienkonforme Auslegung des Haustürwiderrufsgesetzes möglich ist. Hingegen veranschaulicht die Entscheidung in der Rechtssache *Cofidis*, dass *Océano Grupo Editorial* keine Einzelfallentscheidung war. Somit spricht vieles dafür, dass der Europäische Gerichtshof den Bestimmungen der Richtlinie 93/13/EWG Vorrang vor nationalem Recht einräumt, indem er nationale Rechtsvorschriften insoweit für unbeachtlich erklärt, als sie der verbraucherschützenden Zielsetzung der Richtlinie entgegenstehen könnten. Hier wird erneut die besondere Stellung deutlich, die der Europäische Gerichtshof verfahrensrechtlichen Bestimmungen bei der Durchsetzung des Richtlinienziels einräumt.

Andererseits hat der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *Pfeiffer* wieder ausdrücklich auf die nationalen Auslegungsmethoden als Grenze der Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts hingewiesen, wenngleich er den nationalen Gerichten auch in dieser Entscheidung die Nichtanwendung richtlinienwidriger nationaler Rechtsvorschriften als Zielvorgabe deutlich vor Augen geführt hat.

Im Ergebnis räumt der Europäische Gerichtshof Bestimmungen in EG-Richtlinien, die keine unmittelbare Wirkung entfalten, zwar nicht ausdrücklich uneingeschränkten Vorrang vor nationalem Recht ein. Andererseits hat der Gerichtshof den vorlegenden Gerichten in mehreren Entscheidungen eine richtlinienkonforme Auslegung ihres nationalen Rechts nahe gelegt, die diese mangels entsprechender Interpretationsspielräume im nationalen Recht gar nicht in Betracht gezogen hatten. Damit vollzieht der Gerichtshof eine stillschweigende Abkehr von seiner ursprünglichen Position, wonach die Auslegung nationalen Rechts allein den mitgliedstaatlichen Gerichten obliegt.

2. Auffassungen im Schrifttum

Im Schrifttum existiert ein breites Spektrum von Auffassungen zur Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung.

Die – abzulehnende – Auffassung, der zufolge eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nur unter der Voraussetzung besteht, dass die betreffende Richtlinienbestimmung unmittelbare Wirkung entfaltet, lehnt konsequenterweise einen Vorrang der richtlinienkonformen Auslegung vor den nationalen Auslegungsmethoden ab.⁷⁵⁴

Doch auch die Befürworter der richtlinienkonformen Auslegung als eigenständiges, von der unmittelbaren Wirkung unabhängiges Rechtsinstitut erachten die richtlinienkonforme Auslegung teilweise nur in dem durch die nationalen Auslegungsmethoden vorgezeichneten Rahmen für zulässig.⁷⁵⁵ Nach dieser Ansicht stößt die Möglichkeit der gemeinschaftskonformen Auslegung nationalen Rechts auf natürliche Grenzen, da die mitgliedstaatlichen Gerichte nur „im Rahmen ihrer Zuständigkeiten“ zur gemeinschaftskonformen Auslegung verpflichtet sind und daher die Grenzen der Gesetzesauslegung für den mitgliedstaatlichen Richter auch die Grenzen dafür bilden, nicht durchgeführten Richtlinien die Anwendung im mitgliedstaatlichen Recht zu sichern.⁷⁵⁶ Die richtlinienkonforme Auslegung dürfe nicht zur „eigentlichen Umformulierung der nationalen Rechtsvorschriften“ und damit zu einer Auslegung der nationalen Vorschrift *contra legem* führen, sondern sei nur insoweit zulässig, als die nationale Vorschrift Spielraum für eine Harmonisierung lasse.⁷⁵⁷ Die aus Art. 10 EG resultierende Verpflichtung aller staatlichen Organe zur Umsetzung und Anwendung von EG-Recht komme grundsätzlich nur im Rahmen ihres Kompetenzbereiches in Betracht, da andernfalls die der unmittelbaren Wirkung gesetzten Grenzen fast beliebig unterlaufen werden könnten und zudem Übergriffe der Rechtsprechung in den Bereich der Legislative drohten, wenn der Richter nationales Recht unter Berufung auf unsichere Vorgaben des EG-Rechts verkürze.⁷⁵⁸

Häufig wird unter Heranziehung der vom Bundesverfassungsgericht zur verfassungskonformen Auslegung entwickelten Grundsätze⁷⁵⁹ gefordert, dass durch die richtlinienkonforme Auslegung einer nach Wortlaut und Sinn eindeutigen nationalen Regelung kein entgegengesetzter Sinn verliehen werden darf, dass der normative Gehalt einer

⁷⁵⁴ Di Fabio, Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip?, NJW 1990, 947 (953 f.)

⁷⁵⁵ Haneklaus, Direktwirkung von EG-Richtlinien zu Lasten einzelner?, DVBl. 1993, 129 (131)

⁷⁵⁶ GA Lenz, Schlussanträge in der Rechtssache C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3325 (3337)

⁷⁵⁷ GA Elmer, Schlussanträge zur Rechtssache C-168/95 (Arcaro), Slg. 1996, I-4707 (4715 ff.)

⁷⁵⁸ Jarass, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1. Aufl. 1994, 93 ff.

⁷⁵⁹ BVerfGE 8, 71 (78 f.); 54, 277 (299f.); 71, 81 (105)

nationalen Regelung durch sie nicht grundlegend neu bestimmt werden darf und dass das Ziel der nationalen Regelung – das auch durch den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers bestimmt wird – nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden darf.⁷⁶⁰ Eine richtlinienkonforme Auslegung jenseits dieses Rahmens hätte die Nichtanwendung des nationalen Rechts zur Folge, das mangels eines Anwendungsvorrangs nicht unmittelbar wirksamer Richtlinienbestimmungen nicht durch Gemeinschaftsrecht verdrängt werde, und sei wegen der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit abzulehnen.⁷⁶¹ Nach dieser Auffassung ist die richtlinienkonforme Auslegung neben der Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts vor allem darauf gerichtet, den nationalen Normgeber zu schonen und Normkollisionen zu vermeiden.⁷⁶² Zugleich wird aber innerhalb dieser Auffassung bezweifelt, dass sich das Bundesverfassungsgericht selbst immer an die von ihm entwickelten Grundsätze gehalten hat.⁷⁶³ Auch von anderer Seite wird die mangelnde Beachtung dieser Grenze in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kritisiert und auf die nicht hinreichend deutliche Abgrenzung der Auslegung einer Norm zur Rechtsfortbildung zurückgeführt.⁷⁶⁴

Eine weitere Auffassung, die sich weitgehend an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes orientiert, geht hingegen davon aus, dass die Auslegungsregeln des nationalen Rechts durch die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung modifiziert werden.⁷⁶⁵ Zwar sei die richtlinienkonforme Interpretation nur innerhalb des Spielraums möglich, den das nationale Recht für eine Auslegung biete.⁷⁶⁶ Wenn das nationale Recht der Umsetzung einer Richtlinie diene, könne aber nur noch der Sinn der Richtlinie in der vom Gerichtshof interpretierten Form maßgebend sein und nicht die unterschiedlichen Vorstellungen der Gesetzgeber in den Mitgliedstaaten. Dabei sei es grundsätzlich auch nicht zu beanstanden, wenn damit der nationalen Regelung ein anderer oder zusätzlicher Sinn unterschoben würde.⁷⁶⁷ Im Wege richterlicher Rechtsfortbildung könne einer nationalen Regelung sogar ein „völlig neuer Sinn unterlegt werden (...), der den bisherigen auf den Kopf stellt“.⁷⁶⁸ Teilweise wird aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes eine Verpflichtung der

⁷⁶⁰ Huber, *Recht der Europäischen Integration*, 168; Jarass, *Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts*, EuR 1991, 211 (217 f., 222); Langenfeld, *Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien*, DÖV 1992, 955 (964 f.)

⁷⁶¹ Huber, *Recht der Europäischen Integration*, 1. Aufl., 140

⁷⁶² Klein, *Objektive Wirkungen von Richtlinien*, in: FS Everling, 641 (646 ff.); Langenfeld, *Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien*, DÖV 1992, 955 (964 f.)

⁷⁶³ Jarass, a.a.O. (215)

⁷⁶⁴ Brechmann, *Die richtlinienkonforme Auslegung*, 30 m.w.N.

⁷⁶⁵ Everling, *Zur Auslegung des durch EG-Richtlinien angeglichenen nationalen Rechts*, ZGR 1992, 376 (381)

⁷⁶⁶ Everling, a.a.O. (388)

⁷⁶⁷ Everling, a.a.O. (381)

⁷⁶⁸ Everling, a.a.O. (388)

mitgliedstaatlichen Gerichte zur „Erkundung neuer Wege“ bei der Auslegung ihres nationalen Rechts abgeleitet.⁷⁶⁹ Dies könne es für die Gerichte erforderlich machen, die nationalen Auslegungsregeln bis zu einem gewissen Grad zu verlassen und die Grenzen ihres Zuständigkeitsbereichs innerhalb der nationalen Rechtsordnung „auszudehnen“.⁷⁷⁰ Die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts werde jedoch durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts beschränkt.⁷⁷¹

Eine andere Meinung⁷⁷² billigt sogar die Nichtanwendung mitgliedstaatlicher Rechtsnormen aufgrund richtlinienkonformer Auslegung, soweit eine solche Wirkung auf eine rein „kassierende“ Funktion beschränkt bleibt, d.h. lediglich zur Nichtanwendung entgegenstehender nationaler Normen und nicht zur eigenständigen Begründung von Rechten und Pflichten führt. Dies sei mit der Maßgabe verbunden, dass auch in derartigen Fällen die Rechtssicherheit und -klarheit gewährleistet sein müsse. Diese Meinung bleibt allerdings die Antwort auf die Frage schuldig, welche Norm anstelle der „kassierten“ nationalen Bestimmung zur Anwendung gelangen soll.

Eine wieder andere Auffassung räumt der richtlinienkonformen Auslegung Vorrang vor allen anderen Auslegungsergebnissen ein.⁷⁷³ Die erforderliche Integration der Richtlinie in das nationale Recht verlange vom nationalen Rechtsanwender, die Richtliniennorm auch gegen den Inhalt seiner nationalen Vorschrift durchzusetzen, notfalls im Wege richterlicher Rechtsfortbildung *contra legem*.⁷⁷⁴ Teilweise wird unbedingten und hinreichend präzisen Richtlinienbestimmungen im Falle eines Normkonflikts auch in privatrechtlichen Beziehungen ein Anwendungsvorrang eingeräumt, der dann im Wege der richtlinienkonformen Auslegung durchschlagen soll, soweit das nationale Recht in irgend einer Weise auslegungsfähige Tatbestandsmerkmale bereitstellt.⁷⁷⁵

Teilweise wird die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes so interpretiert, dass der Gerichtshof der Richtlinienkonformität als Auslegungsziel zwar keinen absoluten Vorrang einräumt, aber die „Ausblendung zumindest einiger nationaler Auslegungsmethoden“ verlangt. Dies führe zu einer Aufweichung der nationalen Methodenlehre und bewirke, dass sich das Postulat der Richtlinienkonformität im Ergebnis durchweg gegenüber anderen

⁷⁶⁹ Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, 106

⁷⁷⁰ Prechal, Directives in EC Law, 209

⁷⁷¹ Prechal, a.a.O., 213; Drake, Twenty Years after Von Colson, E.L.Rev. 2005, 329 (341 f.)

⁷⁷² Classen, Zur Bedeutung von EWG-Richtlinien für Privatpersonen, EuZW 1993, 83 (87)

⁷⁷³ Götz, Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien, NJW 1992, 1849 (1854); Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593 (604 ff.); Säcker, in: MüKo zum BGB, Einl., Rn. 188 ff.; Schmidt, Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden, RabelsZ 1995, 569 (590 f.)

⁷⁷⁴ Lutter, a.a.O. (598, 607)

⁷⁷⁵ Schmidt, a.a.O. (582 ff.)

Auslegungsmethoden durchsetze.⁷⁷⁶ Dies gelte jedenfalls in den Fällen, in denen der nationale Gesetzgeber seinen Willen bekundet hat, das nationale Recht in Konformität mit der Richtlinie zu gestalten, da dann nicht in seine Souveränität eingegriffen, sondern lediglich sein legislativer Wille erfüllt würde.⁷⁷⁷

Nach dem Konzept des *legal review*⁷⁷⁸ setzt sich die (unmittelbare Geltung beanspruchende) Richtlinie im Konfliktfall vorbehaltlos gegenüber dem richtlinienwidrigen nationalen Recht durch. Nach dieser Auffassung verdrängt das Gemeinschaftsrecht das nationale Recht auch im Fall mittelbarer Kollisionen, so dass die nationale Bestimmung unangewendet bleibt, falls der Konflikt zwischen der Richtlinie und der nationalen Norm nicht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung letzterer aufgelöst werden kann. Dies führt jedoch dann wenn die betreffende Richtlinienbestimmung mangels hinreichend präziser Regelungsvorgaben nicht unmittelbar wirksam ist, zur Entstehung einer Regelungslücke. Nach einer differenzierenden Auffassung findet die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung daher eine Grenze im möglichen Wortsinn der nationalen Norm. Dort, wo eine richtlinienkonforme Auslegung ausscheidet, seien die Mitgliedstaaten jedoch nach Art. 10 EG (in Verbindung mit Art. 249 Abs. 3 EG) zur – gegebenenfalls auch gesetzesübersteigenden – Fortbildung ihres nationalen Rechts verpflichtet.⁷⁷⁹ Wie bereits erörtert wurde, ist das Konzept des *legal review* abzulehnen.⁷⁸⁰

Schließlich wird die Ansicht vertreten, dass der Gerichtshof durch seine Rechtsprechung zur richtlinienkonformen Auslegung sowohl eine Pflicht zur Gesetzesauslegung als auch zur Fortbildung des nationalen Rechts begründet hat. Das Gebot zur richtlinienkonformen Auslegung sei hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Legislative und Judikative unproblematisch, da die gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation nur insoweit möglich sei, als der mitgliedstaatliche Gesetzgeber dem nationalen Gericht durch die von ihm gewählten Begriffe Entscheidungsspielräume eröffnet und so einen funktionalen Freiraum gewährt hat. Demgegenüber komme eine Pflicht zur Rechtsfortbildung nur in Fällen in Betracht, in denen Umsetzungsdefizite bestehen. Sie werfe nicht nur im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, sondern auch im Hinblick auf das Verhältnis zwischen den mitgliedstaatlichen Gerichten und dem nationalen Gesetzgeber grundsätzliche Fragen auf. Ob und inwieweit eine solche Pflicht bestehe, sei von der Struktur

⁷⁷⁶ Grundmann, Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts, ZEuP 1996, 399 (408, 412)

⁷⁷⁷ Grundmann, a.a.O. (412 ff.); Grundmann, EG-Richtlinie und nationales Privatrecht, JZ 1996, 274 (281 f.)

⁷⁷⁸ siehe hierzu unter § 8 III.1.a.bb.

⁷⁷⁹ Kahl, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, Art. 10 (Rn. 42) m.w.N.

⁷⁸⁰ siehe unter § 8 B.III.1.d.bb. (1)

des betroffenen Rechtsverhältnisses, dem Vorhandensein positiv-rechtlicher Anknüpfungspunkte sowie dem nationalen Verfassungsrecht abhängig.⁷⁸¹

3. Stellungnahme

Da die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes klare Kriterien zur Bestimmung der Reichweite der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung vermissen lässt, besteht die Gefahr, dass die Konturen dieser Rechtsfigur verschwimmen und die Abgrenzung der Richtlinien von der Verordnung weiter verwischt wird. Darüber hinaus besteht gerade vor dem Hintergrund von *Océano Grupo Editorial* keine hinreichende Rechtssicherheit über die Reichweite der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung. Aus diesem Grund ist eine unreflektierte Übernahme der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes abzulehnen.

Aber auch die entsprechende Anwendung der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze über die verfassungskonforme Interpretation des deutschen Rechts ist nicht geeignet, das Verhältnis zwischen dem Gebot richtlinienkonformer Auslegung und den nationalen Auslegungskriterien zu bestimmen, da diese ein Über-/ Unterordnungsverhältnis zwischen EG-Richtlinien und nationalem Recht im Rahmen einer umfassenden Rechtsordnung voraussetzen, in der Richtlinien uneingeschränkt Geltung beanspruchen. Beim derzeitigen Integrationsstand der Europäischen Union besteht eine derartige, bundesstaatsähnliche Rangordnung jedoch nicht, da den Mitgliedstaaten die Kompetenz-Kompetenz verblieben ist und die Union keine umfassende Personal- und Gebietshoheit besitzt.⁷⁸² In diesem Zusammenhang wird zutreffend darauf hingewiesen, dass die Einordnung der richtlinienkonformen Auslegung als Sonderfall des zur Vermeidung von Normkonflikten auf nationaler Ebene entwickelten Instituts der verfassungskonformen Auslegung abzulehnen ist, da ihr eine völlig andersartige Problemlage zugrunde liegt.⁷⁸³

Entscheidend für die Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung ist, in welchem Verhältnis die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung zu den nationalen Auslegungsmethoden steht. Diese Frage wird im Rahmen der eigenen Auffassung erörtert.

⁷⁸¹ Nettesheim, Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AöR 119 (1994), 261

⁷⁸² so auch Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung (205 ff.)

⁷⁸³ Schmidt, Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden, RabelsZ 1995, 569 (588 ff.)

4. Eigene Auffassung

Im Rahmen der eigenen Auffassung werden zunächst die im deutschen Recht geltenden Regeln der Rechtsauslegung und -fortbildung dargestellt.⁷⁸⁴ Anschließend wird untersucht, ob und inwieweit diese Regeln im Hinblick auf das Erfordernis der Gemeinschafts- und insbesondere Richtlinienkonformität des deutschen Rechts zu modifizieren sind. Weiterhin wird untersucht, ob die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung im Hinblick auf Art. 10 EG durch die Interpretationsspielräume der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen begrenzt ist.

a. Die Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts

Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung ist es für den Vorgang der Auslegung kennzeichnend, dass der Ausleger „nur den Text selbst zum Sprechen bringen will, ohne etwas hinzuzufügen oder wegzulassen“.⁷⁸⁵ Der Rechtsauslegung kommt damit die Aufgabe zu, den normativen Sinn einer Norm unter Berücksichtigung der Regelungsabsichten und konkreten Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers zu erschließen.⁷⁸⁶

Im deutschen Recht sind mehrere Auslegungskriterien anerkannt. Ausgangspunkt jeder Normanalyse ist die grammatikalische Auslegung, die Feststellung der Wortbedeutung und des Wortsinns der fraglichen Norm nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bzw. nach dem besonderen Sprachgebrauch der jeweiligen Norm, wobei sowohl das zur Zeit des Normerlasses als auch das zur Zeit der Normanwendung geltende Sprachverständnis zu berücksichtigen ist.⁷⁸⁷ Die systematische Auslegung stellt zur Ermittlung des Normsinns darauf ab, in welchem Bedeutungszusammenhang sich die Vorschrift befindet und berücksichtigt daher ihre Stellung im Gesetz sowie die des Gesetzes innerhalb der nationalen Rechtsordnung.⁷⁸⁸ Die teleologische Auslegung geht über die unmittelbare Gesetzessystematik hinaus und berücksichtigt einerseits die Strukturen des geregelten

⁷⁸⁴ Da eine Erörterung der Regeln der Rechtsauslegung und -fortbildung aller 25 Mitgliedstaaten der Europäischen Union den Rahmen der Untersuchung sprengen würde, beziehen sich die folgenden Ausführungen nur auf das deutsche Recht.

⁷⁸⁵ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 313

⁷⁸⁶ Larenz, a.a.O. 316 ff.; Larenz nimmt damit eine vermittelnde Auffassung ein zwischen der objektiven Auslegungstheorie, der zufolge der Sinn von Gesetzen aus dem ihnen inne wohnenden Text zu erschließen ist und der subjektiven Auslegungstheorie, die allein auf die Erforschung des historisch-psychologischen Willens des Gesetzgebers abstellt.

⁷⁸⁷ Larenz, a.a.O., 320 ff.

⁷⁸⁸ Larenz, a.a.O., 324 ff.

Sachbereichs, zum anderen die rechtsethischen Prinzipien, die hinter der Regelung stehen.⁷⁸⁹ Die historische Auslegung zieht aus der Entstehungsgeschichte der Rechtsnorm Schlussfolgerungen auf die Regelungsabsicht, die Zwecke und die Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers.⁷⁹⁰

Eine Sonderstellung unter den im deutschen Recht bestehenden Auslegungskriterien nimmt die verfassungskonforme Interpretation ein. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁷⁹¹ sind Rechtsnormen, die im Rang unter dem Verfassungsrecht stehen, so auszulegen, dass das Auslegungsergebnis nicht im Widerspruch zu Prinzipien mit Verfassungsrang steht. Im Falle mehrerer, nach Anwendung der übrigen Auslegungskriterien in Betracht kommender Auslegungen verlange die verfassungskonforme Interpretation, derjenigen Auslegung den Vorzug zu geben, bei der die Norm mit den Verfassungsprinzipien vereinbar ist. Die verfassungskonforme Auslegung findet jedoch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts dort ihre Grenzen, wo einer nach Wortlaut und Sinn eindeutigen nationalen Regelung ein entgegengesetzter Sinn verliehen wird, der normative Gehalt einer nationalen Regelung durch sie grundlegend neu bestimmt wird oder das Ziel der nationalen Regelung in einem wesentlichen Punkt verfehlt wird.⁷⁹² Sie ermächtigt nicht zur Auslegung *contra legem* und gelangt daher nicht zur Anwendung, wenn eine Rechtsnorm nach allen in Betracht kommenden Auslegungsvarianten verfassungswidrig ist. Die verfassungskonforme Auslegung ist nicht als eigenständiges Auslegungskriterium zu verstehen, sondern als ein die anderen Auslegungskriterien überlagerndes Korrektiv.

Ein Rangverhältnis zwischen den verschiedenen Aspekten der Auslegung wird überwiegend abgelehnt.⁷⁹³ Gleichwohl kommt dem Wortlaut einer Norm besondere Bedeutung zu, denn er ist „Ausgangspunkt für die richterliche Sinnesermittlung und steckt zugleich die Grenzen seiner Auslegungstätigkeit ab“⁷⁹⁴. Demnach bildet der sprachlich mögliche Wortsinn einer Norm die „Grenze zwischen Auslegung und das Gesetz ergänzender oder umbildender Rechtsfortbildung“.⁷⁹⁵ Eine andere Auffassung räumt unter Berufung auf das Demokratieprinzip und den Grundsatz der Gewaltenteilung den Zielvorstellungen und Regelungsabsichten des historischen Gesetzgebers Vorrang vor den übrigen

⁷⁸⁹ Larenz, a.a.O., 333 ff.; nach der Auffassung von Raisch (in: Juristische Methoden, 149) ist die teleologische Auslegung ein Unterfall der systematischen Auslegung

⁷⁹⁰ Larenz, a.a.O., 328 ff.

⁷⁹¹ vgl. nur BVerfGE 2, 266 (282); 12, 45 (49 ff.); 59, 330 (334); 88, 145 (166 ff.); 92, 140 (153)

⁷⁹² BVerfGE 8, 71 (78 f.); 54, 277 (299f.); 71, 81 (105); 93, 37 (79)

⁷⁹³ Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 124 f.; Larenz, a.a.O., 345; Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593 (596); Zippelius, Juristische Methodenlehre, 55 ff.

⁷⁹⁴ Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, S. 42

⁷⁹⁵ Larenz, a.a.O., 323

Auslegungskriterien ein.⁷⁹⁶ Teilweise wird danach differenziert, ob verschiedene Auslegungskriterien lediglich mehrere gleichrangige Elemente im Rahmen einer argumentativen Gesamtabwägung darstellen, in der jedes Auslegungskriterium gewichtet und so ein auf den jeweiligen Einzelfall bezogenes Auslegungsergebnis erzielt wird, oder ob interpretatorische Vorrangregeln existieren, aufgrund derer sich ein Auslegungskriterium unter mehreren möglichen Interpretationen durchsetzt. Als Beispiel für eine interpretatorische Vorrangregel wird das Erfordernis einer verfassungskonformen Auslegung angeführt.⁷⁹⁷

Jenseits der Auslegung kann es für die nationalen Gerichte – nicht jedoch für die nationalen Behörden – geboten sein, das nationale Recht fortzubilden. Dies hat auch das Bundesverfassungsgericht in seinem *Soraya*-Beschluss⁷⁹⁸ erstmals anerkannt, in dem es die Befugnis zur Rechtsfortbildung aus der Bindung der Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ (Art. 20 Abs. 3 GG) herleitete. Da die grundsätzliche Lückenlosigkeit der Rechtsordnung praktisch unerreichbar sei, kann die Aufgabe der Rechtsprechung es nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes erfordern, „Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren“.⁷⁹⁹ Diese Befugnis ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts allerdings mit der Maßgabe verbunden, dass der Richter nicht willkürlich handelt und dass seine Entscheidung auf rationaler Argumentation beruht. Zudem müsse dargelegt werden, dass das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt.⁸⁰⁰

Im Schrifttum wird Rechtsfortbildung als die „Festsetzung von Entscheidungsnormen jenseits deskriptiv geleiteter Sinnfeststellung“⁸⁰¹ definiert. Sie unterscheide sich nur graduell von der Auslegung und orientiere sich nach denselben Kriterien wie diese.⁸⁰² Im Rahmen der Auslegung sei zwischen der gesetzesimmanenten Auslegung und der gesetzesübersteigenden Auslegung zu differenzieren. Ausgangspunkt der gesetzesimmanenten Auslegung sei die Lückenhaftigkeit der in den Gesetzen und im Gewohnheitsrecht sowie in ständiger

⁷⁹⁶ Hassold, Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes, Gesetzes – subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung ZZP 1981, 192 (196 f.); Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre – eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft, 176 ff.

⁷⁹⁷ Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 555 ff.; Canaris, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: FS Bydlinski, 47 (64 ff.)

⁷⁹⁸ BVerfGE 34, 269 (286 ff.)

⁷⁹⁹ BVerfGE, a.a.O. (287)

⁸⁰⁰ BVerfGE, a.a.O. (287)

⁸⁰¹ Nettesheim, Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AöR 1994, 261 (263 f.)

⁸⁰² Larenz, a.a.O., 367

Rechtsprechung ausgeformter, zur unmittelbaren Anwendung geeigneter Rechtssätze.⁸⁰³ Zur Schließung einer derartigen Lücke soll im Rahmen der Regelungsabsicht, des Plans und der immanenten Teleologie des Gesetzes eine Rechtsfortbildung möglich sein, wobei letztere auch die objektiven Regelungszwecke und allgemeinen Rechtsprinzipien, die in das Gesetz Eingang gefunden haben, umfassen soll.⁸⁰⁴ Analogie und teleologische Reduktion werden als Anwendungsfälle der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung betrachtet, die durch das Gebot der Gerechtigkeit, gleichartige Fälle gleich zu behandeln bzw. Ungleiches verschieden zu behandeln, gerechtfertigt seien.⁸⁰⁵ Die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung orientiert sich nach dieser Auffassung an einem über die *ratio legis*, die immanente Teleologie des Gesetzes hinaus greifenden, aber innerhalb des Rahmens der Gesamtrechtsordnung und der ihr zugrunde liegenden Rechtsprinzipien liegenden Rechtsgedanken. Sie bedürfe einer besonderen Rechtfertigung durch Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, die Natur der Sache oder ein rechtsethisches Prinzip.⁸⁰⁶

Wo die Grenze der gesetzesübersteigenden Auslegung liegt, ist umstritten. Nach einer Auffassung findet die gesetzesübersteigende Auslegung dort ihre Grenze, wo im Rahmen der geltenden Rechtsordnung eine Antwort mit spezifisch rechtlichen Erwägungen allein nicht gefunden werden kann, sondern eine an Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten orientierte politische Entscheidung verlangt.⁸⁰⁷

Nach einer anderen, zutreffenden Auffassung muss im Rahmen der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung zwischen „Lücken im weiteren Sinn“ und „*contra legem*-Judizieren“ differenziert werden.⁸⁰⁸ Eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung kommt nach dieser Auffassung grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn eine Lücke im weiteren Sinne vorliegt, d.h. wenn das Fehlen einer rechtlichen Regelung gemessen an den Erfordernissen der Gesamtrechtsordnung als behebedürftige Unvollständigkeit erscheint und die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung nicht unvereinbar mit dem Gesetz ist. Darüber hinaus müsse die Rechtsprechung das Vorliegen einer ergänzungsbedürftigen Unvollständigkeit aus den Erfordernissen der Gesamtrechtsordnung mit spezifisch rechtlichen Argumenten herleiten. Demgegenüber bezweifelt diese Auffassung vom Standpunkt der objektiven Auslegungstheorie, dass – mit Ausnahme des Falls eines drohenden

⁸⁰³ Larenz, a.a.O., 370

⁸⁰⁴ Larenz, a.a.O., 370, 374

⁸⁰⁵ Larenz, a.a.O., 381 ff.; a.A. Müller (in: Juristische Methodik, 251), der die Analogie als eigenständige Rechtsfigur einstuft, die Funktionsmerkmale verschiedener Auslegungsaspekte in sich vereint; Raisch (in: Juristische Methoden, 151 ff.) betrachtet die Auslegung hingegen als Unterfall systematischer Auslegung

⁸⁰⁶ Larenz, a.a.O., 413 ff.

⁸⁰⁷ Larenz, a.a.O., 426 ff.

⁸⁰⁸ Canaris in: Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 246 ff.

Rechtsnotstandes – Situationen denkbar sind, in denen ein „*contra-legem*-Judizieren“ als erlaubt anzusehen ist.⁸⁰⁹ Ein *contra-legem*-Judizieren liegt nach dieser Auffassung vor, wenn die Rechtsfortbildung mit der Kombination von Wortlaut und Zweck des Gesetzes nicht mehr vereinbar wäre (wobei Wortlaut und Zweck des Gesetzes zuvor im Wege der Auslegung einer Präzisierung unterzogen werden müssen), d.h. die Norm durch die Rechtsfortbildung ihren praktischen Anwendungsbereich vollständig oder so gut wie verlöre.⁸¹⁰

b. Modifikation der nationalen Rechtsauslegung und -fortbildung durch die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung

Die Harmonisierung des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten durch den Erlass von EG-Richtlinien hat innerhalb des Regelungsbereichs einer Richtlinie erhebliche Folgen für die Auslegung und -fortbildung des nationalen Rechts. Das ergibt sich bereits daraus, dass ein Großteil der betreffenden nationalen Vorschriften zur Verwirklichung der Richtlinienvorgaben neu erlassen wird. Insoweit folgt schon aus dem Kriterium der historischen Auslegung, dass die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, die der nationale Gesetzgeber in sein Recht inkorporieren wollte, bei der Ermittlung des Sinngehalts der interpretierten Normen zu berücksichtigen sind. Wie oben gezeigt wurde, gebietet die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung darüber hinaus auch bei der Auslegung mitgliedstaatlicher Rechtsnormen, die älter als die Richtlinie sind, die Berücksichtigung von Wortlaut und Zweck der Richtlinie.

Es herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass in Konstellationen, in denen die Rechtsauslegung nach nationalen Kriterien mehrere Interpretationsmöglichkeiten zulässt, diejenige zu bevorzugen ist, die mit der Richtlinie in Übereinstimmung steht. Diese Favorisierung der richtlinienkonformen Auslegung ist Folge der aus Art. 10 EG resultierenden Pflicht zur Gemeinschaftstreue. Art. 10 EG begründet somit eine interpretatorische Vorrangregel, die den nationalen Rechtsanwender verpflichtet, unter mehreren möglichen Auslegungsergebnissen die richtlinienkonforme Auslegung zu wählen.

Problematisch ist allein der Fall, in dem auch nach Ausschöpfung aller nach dem nationalen Recht zur Verfügung stehenden Auslegungsmethoden eine Diskrepanz zwischen der nationalen Vorschrift und der Richtlinie verbleibt. Die Herausforderung für den nationalen

⁸⁰⁹ Canaris in : Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, a.a.O.

⁸¹⁰ Canaris, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: FS Bydlinski, 47 (91 ff.)

Rechtsanwender besteht dann darin, den Bestimmungen der Richtlinie weitestgehend Geltung zu verschaffen, ohne die ihm durch nationales Verfassungsrecht gesetzten Grenzen zu überschreiten. So ist z.B. fraglich, ob der im deutschen Recht geltende Grundsatz der Bindung der deutschen Gerichte und Behörden an „Gesetz und Recht“ nach Art. 20 Abs. 3 GG auch in Anbetracht der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des mitgliedstaatlichen Rechts uneingeschränkte Geltung entfaltet. In welchem Umfang das nationale Recht der Mitgliedstaaten die richtlinienkonforme Auslegung zulässt, hängt davon ab, in welchem Verhältnis die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung zu den nationalen Auslegungsmethoden steht.

aa. Das Verhältnis der Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung
zu den nationalen Auslegungsmethoden

Wie im Rahmen der Ausführungen zur unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien bereits ausgeführt wurde, entfalten EG-Richtlinien unmittelbare Geltung in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten.⁸¹¹ Durch die unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien wird auch das Verhältnis der Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung zu den nationalen Auslegungsmethoden bestimmt. Hieraus folgt – gerade auch im Hinblick auf die in Art. 10 EG kodifizierte Verpflichtung zur Gemeinschaftstreue – die Pflicht aller mitgliedstaatlichen Gerichte und Behörden, auch nicht unmittelbar wirksame Richtlinien bei der Auslegung ihres nationalen Rechts weitestgehend zur Anwendung zu bringen. Dies ist unproblematisch, wenn das nationale Recht der Mitgliedstaaten nach Ausschöpfung seines Interpretationsspielraums mit der Richtlinie in Einklang zu bringen ist.

Fraglich ist, ob auch dann eine Pflicht zur Auslegung des nationalen Rechts in Konformität mit der Richtlinie besteht, wenn die nationalen Methoden der Rechtsauslegung und -fortbildung erkennbar kein richtlinienkonformes Auslegungsergebnis zulassen. Hierauf deutet die jüngere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur richtlinienkonformen Auslegung, insbesondere die Entscheidung *Océano Grupo Editorial* hin, in der der Europäische Gerichtshof dem nationalen Gericht die Berücksichtigung der Bestimmungen der Richtlinie 93/13/EWG nahe gelegt hat, obwohl diese nicht unmittelbar wirksam sind und das nationale Recht keinen Spielraum für eine richtlinienkonforme Auslegung bot.

⁸¹¹ siehe dazu unter § 8 B.III.1.d.aa.

Eine über die Interpretationsspielräume des nationalen Rechts hinaus bestehende Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung scheint auch eine Meinung im Schrifttum zu befürworten, die zur Bestimmung der Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung ohne nähere Begründung allein auf die EuGH-Rechtsprechung abstellt, die nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts auch aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts nicht zu beanstanden sei.⁸¹² Letzteres ist jedoch zweifelhaft, da sich das Bundesverfassungsgericht bislang nur zum Verhältnis zwischen unmittelbar anwendbarem sekundärem Gemeinschaftsrecht und deutschem Recht geäußert hat,⁸¹³ wogegen es im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung um die Anwendung einer nationalen Norm vor dem Hintergrund nicht unmittelbar wirksamer Richtlinienbestimmungen geht.⁸¹⁴

Teilweise wird versucht, eine über den Interpretationsspielraum des nationalen Rechts hinausgehende Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung mit dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts zu rechtfertigen. Insbesondere das Urteil in der Rechtssache *Marleasing* scheint einen Vorrang des Gemeinschaftsrechts nahe zu legen. In seinen Schlussanträgen zu der Entscheidung des Gerichtshofes hatte Generalanwalt *Van Gerven* die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung auch darauf zurückgeführt, dass die Richtlinie „als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts grundsätzlich Vorrang vor allen Bestimmungen des nationalen Rechts“ habe.⁸¹⁵ Ohne sich hierzu ausdrücklich zu äußern, ist der Gerichtshof den Schlussanträgen des Generalanwalts weitgehend gefolgt. So übernahm er die Formulierung, wonach das Erfordernis der richtlinienkonformen Auslegung es „verbiete“, das nationale Recht dergestalt auszulegen, dass die Nichtigkeit einer Aktiengesellschaft aus anderen als den in Artikel 11 der Richtlinie 68/151/EWG⁸¹⁶ abschließend aufgezählten Gründen ausgesprochen werden kann. Ob dies die Schlussfolgerung zulässt, dass sich der Gerichtshof bei seiner Entscheidung „vom Gedanken des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem entgegen stehenden nationalen Recht hat leiten lassen“⁸¹⁷, erscheint dennoch zweifelhaft. Zumindest fehlen dafür eindeutige Belege im Urteil des Gerichtshofes, die zur Annahme einer Rechtsfortbildung erforderlich wären.

⁸¹² Grundmann, Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts, ZEuP 1996, 399 (412); auch Everling, Brauchen wir „Solange III“?, EuR 1990, 195 (209) und Lutter, a.a.O. (605) interpretieren die Rechtsprechung des BVerfG in dieser Weise

⁸¹³ BVerfGE 37, 271 (280); 73, 339 (387); 89, 155 (175)

⁸¹⁴ Nettesheim, Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AÖR 1994, 261 (277 f.)

⁸¹⁵ Schlussanträge von GA Van Gerven vom 12.7.1990 in der Rechtssache C-106/89, Slg. 1990, I-4144 (4147)

⁸¹⁶ Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9.3.1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2 EWGV im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. EWG 1968 Nr. L 65, 8

⁸¹⁷ Brechmann, a.a.O. (73 f.)

Auch das Urteil in der Rechtssache *Océano Grupo Editorial* lässt nicht die Schlussfolgerung zu, dass der Europäische Gerichtshof EG-Richtlinien Vorrang vor Bestimmungen des nationalen Rechts einräumt. Generalanwalt Saggio hatte in seinen Schlussanträgen zu dieser Rechtssache die Auffassung vertreten, dass die Anwendung richtlinienwidriger nationaler Vorschriften aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts sowie des Erfordernisses einer einheitlichen Anwendung der Gemeinschaftsbestimmungen ausgeschlossen sei, und zwar unabhängig davon, ob die Richtlinien unmittelbare Wirkung entfalten oder nicht.⁸¹⁸ Obwohl der Generalanwalt anhand zahlreicher Beispiele aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes versucht hatte, darzulegen, dass der Gerichtshof Richtlinien bereits in früheren Entscheidungen eine Maßstabsfunktion im Sinne des *legal review* eingeräumt hatte, ging der Gerichtshof in seinem Urteil auf die Rangfrage mit keinem Wort ein und verwies stattdessen auf die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung.

Daraus muss der Schluss gezogen werden, dass der Gerichtshof davor zurückschreckt, EG-Richtlinien offen Vorrang vor nationalem Recht einzuräumen und den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben stattdessen mittels einer in ihrer Reichweite unbestimmten richtlinienkonformen Auslegung zur Anwendung verhilft.

Wie im Rahmen der Untersuchung bereits festgestellt wurde, entfaltet das Gemeinschaftsrecht gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten lediglich einen Anwendungsvorrang in dem Sinne, dass richtlinienwidriges nationales Recht nur dann – innerhalb der Grenzen der unmittelbaren Wirkung – von hinreichend bestimmten und inhaltlich unbedingten Richtlinienbestimmungen verdrängt wird, wenn die kollidierenden Vorschriften entweder unterschiedliche inhaltliche Regelungsvorgaben enthalten, oder die Richtlinie ausschließlich an die Mitgliedstaaten gerichtete, hinreichend bestimmte und unbedingte Verfahrenspflichten enthält.⁸¹⁹ Wenn eine unmittelbare Wirkung mangels hinreichender Bestimmtheit und inhaltlicher Unbedingtheit der betreffenden Richtlinienbestimmungen ausscheidet, ist im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung kein Raum für eine Nichtanwendung des nationalen Rechts.

Etwas anderes folgt auch nicht aus den Entscheidungen des Gerichtshofes in den Rechtssachen *Fratelli Costanzo* und *Großkrotzenburg*, da die betreffenden Richtlinienbestimmungen in diesen Entscheidungen die normstrukturellen Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung erfüllten und somit am Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrecht partizipierten. Die Begründung eines Vorrangs von Richtlinien

⁸¹⁸ Schlussanträge von GA Saggio vom 16.12.1999 in den Verb. Rs. C-240/98 und C-244/98, Slg. 2000, I-4943 (4955 ff.)

⁸¹⁹ siehe dazu unter § 8 B.III.1.d.bb.

gegenüber nationalem Recht kommt somit nicht in Betracht, so dass es auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur richtlinienkonformen Auslegung bei dem modifizierten Anwendungsvorrang sekundären Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten bleibt.

Im Ergebnis ist eine über die Grenzen der nationalen Interpretationsspielräume hinausgehende Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung somit abzulehnen. Allerdings werden die mitgliedstaatlichen Methoden der Rechtsauslegung und -fortbildung durch die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung modifiziert.

bb. Integration der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung in die Methodik deutscher Rechtsauslegung und -fortbildung

Wenngleich nicht unmittelbar wirksame Richtlinien keinen Vorrang vor nationalem Recht genießen, ist die gemeinschaftsrechtliche Herkunft harmonisierten Rechts dennoch von Bedeutung für die Grenzen der Rechtsauslegung und -fortbildung. Die integrationsoffene deutsche Rechtsordnung bietet hierfür mehrere Ansatzmöglichkeiten, zeigt der Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung als „sämtliche nationale Auslegungsregeln modifizierende Interpretationsmaxime“⁸²⁰ aber auch klare Grenzen auf.

(1) Auslegung

Im Rahmen der Rechtsauslegung ist zu untersuchen, welche Auslegungskriterien Möglichkeiten für eine Berücksichtigung der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung bieten.

(a) grammatikalische Auslegung

Der Wortlaut einer harmonisierten Rechtsvorschrift kann Ansatzpunkt für eine richtlinienkonforme Auslegung sein, soweit er ambivalent ist, d.h. mehrere

⁸²⁰ Schmidt, Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden, *RabelsZ* 1995, 569 (590)

Interpretationsergebnisse zulässt. Eine grammatikalische Auslegung nationalen Rechts unter Berücksichtigung der Zielvorgaben der Richtlinie ist allerdings nicht gegen den klaren Wortlaut der nationalen Norm möglich, so dass insoweit allenfalls Raum für eine Rechtsfortbildung bleibt.

Demgegenüber stellt eine Auffassung im Schrifttum⁸²¹ ausgehend von der subjektiven Auslegungstheorie den Wortlaut als Kriterium für die Bestimmung der Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung in Frage. Der Sinn des Wortlautes werde allein durch den „Kontext“ der Norm bestimmt, der vom Gesetzgeber für den Wortlaut vorgesehen ist. Diese Auffassung stellt damit maßgeblich auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers ab, die unter Anwendung der verschiedenen Auslegungskriterien zu ermitteln sei. Eine Ausnahme soll für den Fall gelten, dass der Wortlaut eindeutig ist und eine sachgerechte Regelung impliziert. Diese Auffassung übersieht jedoch, dass das Auslegungsergebnis in den seltensten Fällen durch eine isolierte Betrachtung des Wortlauts bestimmt wird, sondern in der Regel durch eine wertende Anwendung der in Betracht kommenden Auslegungskriterien erarbeitet wird. Der Wortlaut kommt daher nur dann als Grenze der Auslegung in Betracht, wenn er hinreichend klar und unzweideutig ist. In diesem Fall erkennt jedoch auch die vorgenannte Auffassung die grammatikalische Auslegung als Grenze der richtlinienkonformen Auslegung an.

(b) historische Auslegung

Im Bereich der historischen Auslegung kommt eine Beeinflussung der deutschen Methodik in Betracht, soweit der nationale Gesetzgeber durch den Erlass einer nationalen Rechtsvorschrift die Bestimmungen der Richtlinie in sein mitgliedstaatliches Recht inkorporieren wollte. Dabei ist darauf zu achten, ob der nationale Gesetzgeber auch noch andere, selbständige Motive hatte. Diese dürfen bei der Auslegung nicht außer Acht gelassen werden.⁸²²

Ist die nationale Norm vor der Richtlinie erlassen worden, scheidet die Berücksichtigung eines historischen Willens des Gesetzgebers aus. Teilweise wird dem Gesetzgeber, der eine solche Norm nachweislich mit Absicht unverändert gelassen hat, weil er sie bereits für richtlinienkonform hielt, eine neue gesetzgeberische Regelungsabsicht mit dem Inhalt unterstellt, dass die Vorgaben der Richtlinie erfüllt werden sollen.⁸²³ Dem steht jedoch

⁸²¹ Brechmann, a.a.O., 266 ff.

⁸²² vgl. Brechmann, a.a.O., 261

⁸²³ Brechmann, a.a.O., 270 f.

entgegen, dass der gesetzgeberische Wille nur dann Berücksichtigung finden kann, wenn er sich in dem Erlass einer Rechtsnorm niedergeschlagen hat. In diesen Fällen wird sich, wenn die Auffassung des nationalen Gesetzgebers zutreffend ist, ein richtlinienkonformes Ergebnis aber bereits unter Anwendung der übrigen Auslegungskriterien ermitteln lassen.

Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung⁸²⁴ ist die Entstehungsgeschichte und der Wille des nationalen Gesetzgebers bei zum Zwecke der Rechtsangleichung erlassenen Vorschriften unbeachtlich, da nur noch der Sinn der Richtlinie in der vom Gerichtshof interpretierten Form maßgebend sein könne. Diese Auffassung lässt jedoch außer Betracht, dass die Auslegung harmonisierten nationalen Rechts in zwei voneinander zu trennenden Schritten erfolgt, der Auslegung der Richtlinie und der daran anschließenden Interpretation der nationalen Rechtsvorschriften. Nur die Ermittlung des Inhalts der Richtlinie, die im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 Buchst. b) EG dem EuGH obliegt, erfolgt nach eigenen gemeinschaftsrechtlichen Kriterien.⁸²⁵ Dagegen ist die Interpretation der nationalen Rechtsvorschriften den mitgliedstaatlichen Gerichten und Behörden vorbehalten, die hierbei ihr nationales Recht anwenden. Eine Missachtung des gesetzgeberischen Willens würde auch dem Grundgedanken der Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, wonach den Mitgliedstaaten in bestimmten Grenzen legislative Freiräume verbleiben sollen, zuwider laufen.

Im Ergebnis wird die historische Auslegung aufgrund der genannten Einschränkungen grundsätzlich nicht durch die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung modifiziert. Sie kann jedoch insbesondere bei speziell zur Richtlinienumsetzung erlassenen nationalen Rechtsvorschriften eine bedeutende Orientierungshilfe für den nationalen Rechtsanwender bieten.⁸²⁶

(c) systematische Auslegung

Die systematische Auslegung lässt keine Berücksichtigung der Richtlinienvorgabe zu, da sie nur auf den engeren Bedeutungszusammenhang der Norm abstellt. Nach der hier vertretenen Auffassung, wonach die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten von der

⁸²⁴ Everling, Zur Auslegung des durch EG-Richtlinien angeglichenen nationalen Rechts, ZGR 1992, 376 (381)

⁸²⁵ vgl. dazu Bleckmann, Probleme der Auslegung europäischer Richtlinien, ZGR 1992, 364; Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593 (598 ff.); Schmidt, Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden, RabelsZ 1995, 569 (572 ff.)

⁸²⁶ unzutreffend daher Schmidt, a.a.O. (587 f.), der die historische Auslegung generell für ungeeignet hält, die Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung im nationalen Recht umzusetzen

Gemeinschaftsrechtsordnung zu unterscheiden sind, ist somit im Rahmen der systematischen Auslegung allein die nationale Rechtsordnung zu berücksichtigen.

(d) teleologische Auslegung

Anders verhält es sich mit der teleologischen Auslegung, die den Kreis der zu beachtenden Erwägungen gegenüber der systematischen Auslegung erweitert. Dem Erfordernis, die harmonisierte nationale Rechtsnorm in Übereinstimmung mit der Richtlinie anzuwenden, kann durch einen Rückgriff auf den aus Art. 10 EG resultierenden Grundsatz der Gemeinschaftstreue Genüge getan werden, der auch im nationalen Recht Geltung beansprucht.

Es ist mittlerweile vom Europäischen Gerichtshof in gefestigter Rechtsprechung anerkannt und wird auch in der Literatur überwiegend befürwortet⁸²⁷, dass die Vorschrift des Art. 10 EG zusätzliche, im EG-Recht nicht ausdrücklich angelegte Pflichten der Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaft begründen kann, wenngleich sie aufgrund ihrer mangelnden Bestimmtheit und ihrer fehlenden Unbedingtheit nicht unmittelbar anwendbar ist. Mit Ablauf der Umsetzungsfrist der Harmonisierungsrichtlinie erfolgt eine Konkretisierung der Pflicht zur Gemeinschaftstreue durch das Rechtssetzungsprogramm der Richtlinie. Damit wird der Grundsatz der Gemeinschaftstreue zum integrativen Bestandteil der *ratio legis* harmonisierter Rechtsvorschriften, so dass eine neue Auslegung dieser Vorschriften bis an die Grenze richterlicher Rechtsfortbildung veranlasst sein kann.

(e) verfassungskonforme Auslegung

Die verfassungskonforme Auslegung ist nur bedingt geeignet, den Richtlinienvorgaben unmittelbare Geltung im nationalen Recht zu verschaffen. Zwar ist das Grundgesetz integrationsoffen, wie die Art. 23 f. GG zeigen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass im Bereich der Übertragung von Hoheitsrechten an die Gemeinschaft sämtliche Verfassungswerte der Gemeinschaftsrechtsordnung untergeordnet werden müssen. Im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung sind neben den Art. 23 f. GG auch die anderen

⁸²⁷ Epiney, Gemeinschaftsrecht und Föderalismus, EuR 1994, 301 (310); Grabitz, in: Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag, Art. 5, Rn. 5; Jarass, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 19

Wertentscheidungen des Grundgesetzes mit der Maßgabe zu berücksichtigen, dass eine systemkonforme Einbeziehung des Europäischen Gemeinwohls in die deutsche Grundrechtsdogmatik erfolgen muss. In der Praxis werden dabei verfassungskonforme und gemeinschaftskonforme Auslegung aufgrund des durch den EuGH gewährleisteten Grundrechtstandards, der zwischenzeitlich mit dem der Mitgliedstaaten vergleichbar ist, oftmals das gleiche Ergebnis nahe legen. Es ist allerdings auch denkbar, dass die verfassungskonforme Auslegung der richtlinienkonformen Interpretation entgegensteht. Mangels eines Vorrangs nicht unmittelbar anwendbarer Richtlinienbestimmungen muss das Ziel der Richtlinienkonformität dann hinter dem Erfordernis verfassungskonformer Rechtsauslegung zurücktreten.⁸²⁸ Abhilfe kann in solchen Fällen nur durch den Verfassungsgesetzgeber geschaffen werden, der die Verfassung entsprechend ändern muss.⁸²⁹

(2) Rechtsfortbildung

Die Rechtsfortbildung zum Zwecke der Verwirklichung des Richtlinienziels nimmt im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung in zweifacher Hinsicht eine Sonderstellung ein: Zum einen kommt eine Pflicht zur Rechtsfortbildung nur für die nationalen Gerichte, nicht auch für die Behörden in Betracht.⁸³⁰ Wenngleich sich Art. 10 EG an alle innerstaatlichen Organe richtet, erstreckt sich die Zuständigkeit der Verwaltungsorgane nicht auf über die Grenzen der Rechtsauslegung hinausreichende Umsetzungsmaßnahmen. Zweitens kommt eine Rechtsangleichung nur dann in Frage, wenn das Ziel der Richtlinienkonformität weder durch eine Auslegung nationalen Rechts noch im Wege der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien zu erreichen ist. Diese doppelte Subsidiarität ist notwendige Konsequenz der mit einer Rechtsfortbildung verbundenen Beeinträchtigung der Rechtssicherheit. Aufgrund ihrer weitreichenden Folgen kann die Rechtsfortbildung auch nicht für sich beanspruchen, im Vergleich zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien mit geringeren Eingriffen in die

⁸²⁸ Nettesheim (in: Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AöR, 1994, 261 (277 f.)) gelangt zu dem selben Ergebnis, indem er Art. 10 EG im Lichte der Loyalitätspflicht der Gemeinschaft gegenüber den Mitgliedstaaten auslegt

⁸²⁹ so auch Canaris, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: FS Bydlinski, 47 (79 f.), der allerdings vom Vorrang der richtlinienkonformen Auslegung gegenüber der verfassungskonformen Auslegung ausgeht und das Erfordernis einer Verfassungsänderung lediglich für den Fall annimmt, dass die Verfassung keinen hinreichenden Beurteilungsspielraum aufweist oder ein richtlinienkonformes Ergebnis nur im Wege eines *contra legem*-Judizierens erzielt würde

⁸³⁰ so auch Nettesheim, a.a.O. (282)

Souveränität der Mitgliedstaaten verbunden und damit nach dem Subsidiaritätsprinzip gem. Art. 5 Abs. 2 EG ihr gegenüber vorrangig zu sein.⁸³¹

Vereinzelte wird eine Einschränkung des Anwendungsbereiches der Rechtsfortbildung parallel zu den Grenzen der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien diskutiert.⁸³² Der Vergleich mit der unmittelbaren Wirkung erscheint jedoch zumindest im Bereich der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung als wenig tragfähig, da dort eine richtlinienkonforme Fortbildung mitgliedstaatlicher Vorschriften im nationalen Recht selbst angelegt ist.

(a) gesetzesimmanente Rechtsfortbildung

Im Rahmen der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung kommt eine Integration der Richtlinienvorgaben nur in Betracht, wenn man die fehlende Richtlinienkonformität als Rechtslücke auffasst, die im Rahmen der Regelungsabsicht, des Plans und der immanenten Teleologie des Gesetzes durch Rechtsfortbildung geschlossen werden kann. Unter Zugrundelegung der vom Bundesverfassungsgericht zur Rechtsfortbildung entwickelten Grundsätze muss die unzureichende Umsetzung einer Richtlinie ferner dazu führen, dass der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanente Wertvorstellungen nicht oder nur unzureichend zum Ausdruck gelangt sind, so dass ein Bedürfnis für ein Tätigwerden des Richters besteht. Eine Rechtslücke ist jedoch zu unterscheiden von rechtspolitischen Versäumnissen oder Fehlentscheidungen des Gesetzgebers, die keinen Raum für eine Rechtsfortbildung lassen.

Demnach ist darauf abzustellen, ob ein mutmaßlicher Wille des nationalen Gesetzgebers zur vollständigen Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht erkennbar ist, der sich bereits im Erlass nationaler Rechtsvorschriften geäußert hat. Ist dies der Fall, besteht Raum für eine richterliche Rechtsfortbildung, soweit bei der Umsetzung aufgrund rechtstechnischer Fehler des Gesetzgebers bestimmte Sachverhalte nicht bzw. nicht in einer der Richtlinie entsprechenden Weise geregelt wurden oder das Gesetzgebungsverfahren sich verzögert hat und die Umsetzung der Richtlinie daher noch aussteht. Hat der Gesetzgeber jedoch die Umsetzung bewusst unterlassen, liegen dem nationalen Recht keine durch die Richtlinie beeinflussten Zielvorstellungen zugrunde, so dass auch keine planwidrige Rechtslücke bestehen kann. Dann scheidet eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung unter dem Aspekt

⁸³¹ zum Verhältnis zwischen richtlinienkonformer Auslegung und unmittelbarer Wirkung siehe unter B.I.

⁸³² vgl. Nettesheim a.a.O. (286 f.)

der Verwirklichung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben aus, so dass allenfalls die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nach den Art. 226 ff. EG in Betracht kommt. In diesem Fall ist der nationale Gesetzgeber gefordert. Somit ist es dem nationalen Gericht in Fällen, in denen eine Richtlinie bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist nicht einmal teilweise in nationales Recht umgesetzt worden ist, verwehrt, mittels der Analogie oder der geltungserhaltenden Reduktion sein Recht richtlinienkonform anzuwenden.

(b) gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung

Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung kann grundsätzlich eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung erfordern, wenn Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, die Natur der Sache oder ein rechtsethisches Prinzip eine Anpassung des nationalen Rechts an Richtlinienvorgaben erfordern. Besondere Bedeutung kommt hier dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue und dem Erfordernis des *effet utile* des Gemeinschaftsrechts zu, deren Geltung in den Mitgliedstaaten anerkannt ist und die über Art. 23 GG Eingang in die deutsche Rechtsordnung gefunden haben. Somit ist eine richtlinienkonforme gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung grundsätzlich denkbar.

Sie kommt zunächst dann in Betracht, wenn regelungsbedürftige Sachverhalte vom nationalen Gesetzgeber gänzlich unberücksichtigt geblieben sind. Im Zuge der Rechtsharmonisierung durch Richtlinien werden allerdings nur selten Bereiche neu reguliert, die bislang in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten noch nicht verrechtlicht waren. Meistens müssen bereits vorhandene nationale Regelungen geändert und so an die Vorgaben der Richtlinie angepasst werden.

Dagegen kommt eine richtlinienkonforme gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung nicht in Betracht, soweit sie zu einem Ergebnis führt, das mit nationalem Recht unvereinbar ist, da insoweit keine Lücke im weiteren Sinn besteht. Dies ist dann der Fall, wenn die richtlinienkonforme Auslegung mit der Kombination von Wortlaut und Zweck des Gesetzes, die ihrerseits zuvor im Lichte der Richtlinie ausgelegt wurden, gänzlich unvereinbar wäre⁸³³ und somit einen Systembruch mit der nationalen Rechtsordnung herbeiführen würde. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, insbesondere die Entscheidungen in den

⁸³³ Canaris, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: FS Bydlinski, 47 (91 ff.)

Rechtssachen *Marleasing*, *Océano Grupo Editorial*, *Cofidis* und *Pfeiffer* erscheint unter diesem Gesichtspunkt als bedenklich.

c. Ergebnis

EG-Richtlinien genießen, außer im Fall ihrer unmittelbaren Wirkung, keinen Vorrang vor dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten. Die Reichweite der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung wird daher durch die im jeweiligen Mitgliedstaat geltenden Kriterien der Rechtsauslegung und -fortbildung beschränkt. Aus der Pflicht zur Gemeinschaftstreue nach Art. 10 EG resultiert jedoch eine interpretatorische Vorrangregel dergestalt, dass der nationale Rechtsanwender unter mehreren nach nationalem Recht möglichen Auslegungsergebnissen dasjenige wählen muss, das mit der Richtlinie in Übereinstimmung steht. Zudem werden die nationalen Regeln der Rechtsauslegung und -fortbildung durch die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung modifiziert. Inwieweit Spielraum für eine Berücksichtigung der Richtlinienvorgaben besteht, richtet sich dabei letztlich danach, in welchem Rahmen das jeweilige nationale Recht der Mitgliedstaaten Interpretationsmöglichkeiten bietet. Allerdings muss der nationale Rechtsanwender alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel nutzen, um ein richtlinienkonformes Ergebnis zu erzielen.

In der deutschen Rechtsordnung bietet vor allem die teleologische Auslegung Ansatzpunkte für die Berücksichtigung der Regelungsvorgaben von EG-Richtlinien. Darüber hinaus ist eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung geboten, wenn sich der Wille des nationalen Gesetzgebers bereits im Erlass von Umsetzungsmaßnahmen manifestiert hat, die Richtlinienumsetzung aber unvollständig war, so dass die daraus resultierende Rechtslücke im Wege der "richtlinienkonformen Rechtsfortbildung" zu schließen ist. Dagegen ist eine Pflicht zu rechtsübersteigender Rechtsfortbildung zur Anpassung der nationalen Rechtslage an die Regelungsvorgaben der Richtlinie zunächst in bislang noch nicht verrechtlichten Bereichen denkbar. Darüber hinaus kommt eine rechtsübersteigende Rechtsfortbildung nur insoweit in Betracht, als sie nicht zu einem *contra legem*-Judizieren führt.

§ 10 Zusammenfassung der Ergebnisse

Fasst man die unter § 8 und § 9 erarbeiteten Ergebnisse zusammen, ergibt sich ein differenziertes Bild von der horizontalen Wirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien.

Die unmittelbare Wirkung wird durch das gemeinschaftsrechtliche Vertrauensschutzprinzip beschränkt, wenn der Mitgliedstaat bereits Umsetzungsmaßnahmen ergriffen hat, die Mangelhaftigkeit der Umsetzungsmaßnahme jedoch auch für einen vernünftigen Wirtschaftsteilnehmer nicht erkennbar ist. In diesem Fall ist die Reichweite der unmittelbaren Wirkung durch eine Einzelfallabwägung aller betroffenen Interessen zu bestimmen.

Der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes steht der horizontalen unmittelbaren Wirkung nicht entgegen, da diese nicht vom Anwendungsbereich des gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalts umfasst ist. Die mittelbare horizontale Wirkung lässt er zumindest insoweit zu, als sie lediglich zu einer Belastung des Marktbürgers mit über das nationale Recht hinaus gehenden Verfahrenspflichten führt. Eine mittelbare horizontale Wirkung kommt aber grundsätzlich nicht in Betracht, wenn die mittelbare Belastung eines Dritten seine Rechtsposition erheblich verschlechtern würde. Etwas anderes gilt nur dann, wenn dem Dritten die vorteilhafte Rechtsposition unter Verstoß gegen die unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmung gewährt wurde. Dann sind die betroffenen Interessen miteinander abzuwägen. Die verfahrensrechtliche unmittelbare Wirkung ist generell zulässig, sofern die nationale technische Vorschrift nicht strafbewehrt oder ausnahmsweise wesentlicher Bestandteil einer zwischen den Parteien geschlossenen vertraglichen Vereinbarung ist.

Grenzen der Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze des primären Gemeinschaftsrechts, das sekundäre Gemeinschaftsrecht und die Reichweite der nationalen Auslegungsmethoden. Jedoch werden diejenigen nationalen Auslegungsmethoden, die Spielraum für eine Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungsvorgaben bieten, wiederum durch die richtlinienkonforme Auslegung modifiziert. Im deutschen Recht kommt eine richtlinienkonforme Auslegung insbesondere im Anwendungsbereich der teleologischen Auslegung und – in eingeschränktem Umfang – bei der gesetzesimmanenten und der rechtsübersteigenden Rechtsfortbildung in Betracht.

Der Anwendungsbereich der unmittelbaren Wirkung und der der richtlinienkonformen Auslegung lassen sich damit klar voneinander abgrenzen.

4. Teil: Auswirkungen der horizontalen Wirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien im deutschen Verwaltungsrecht am Beispiel von Vogelschutz- und FFH-Richtlinie

Die Vogelschutzrichtlinie⁸³⁴ und die Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie⁸³⁵ (im Folgenden: FFH-Richtlinie) sehen nach Art. 3 Abs. 1 FFH-Richtlinie den Aufbau des kohärenten europäischen ökologischen Netzes besonderer Schutzgebiete *Natura 2000* vor, das durch die flächendeckende Ausweisung besonders schützenswerter Naturräume von europäischer Bedeutung als „Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung“ insbesondere die Erhaltung der besonders gefährdeten Tier- und Pflanzenarten und der charakteristischen natürlichen Lebensraumtypen gewährleisten soll. Da zahlreiche Mitgliedstaaten, darunter auch Deutschland, ihrer Pflicht zur fristgerechten Umsetzung der Vogelschutzrichtlinie nicht nachgekommen sind, erkannte der Europäische Gerichtshof mehreren Bestimmungen der Vogelschutzrichtlinie unmittelbare Wirkung zu bzw. stellte eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur richtlinienkonformen Auslegung ihrer nationalen Rechtsvorschriften fest. Weiterhin stellte der Gerichtshof fest, dass nationale Schutzgebiete unter bestimmten Voraussetzungen auch dann den Schutzbestimmungen der Vogelschutzrichtlinie unterliegen können, wenn die Mitgliedstaaten ihren Pflichten zum Vollzug der Vogelschutzrichtlinie durch die Ausweisung besonderer Vogelschutzgebiete nicht nachgekommen sind (faktische Vogelschutzgebiete). Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung gelangte das Bundesverwaltungsgericht in mehreren Entscheidungen zu dem Ergebnis, dass die europarechtlichen Vorgaben der Vogelschutzrichtlinie trotz der mangelhaften Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht bzw. ihrem unterlassenen Vollzug unter bestimmten Voraussetzungen im Rahmen eines Planfeststellungsverfahrens zwingend zu beachten sind. Das Bundesverwaltungsgericht ging über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu faktischen Vogelschutzgebieten sogar noch hinaus und warf erstmals die Frage auf, ob auch im Rahmen der FFH-Richtlinie Gebiete denkbar sind, die zwar von den Mitgliedstaaten im Rahmen des Meldungs- und Ausweisungsverfahrens für FFH-Gebiete nicht berücksichtigt wurden, auf die aber gleichwohl das Europäische Habitatschutzrecht anwendbar ist. Die beiden vorgenannten Richtlinien eignen sich damit in besonderem Maße zur Darstellung der

⁸³⁴ Richtlinie 79/409/EWG des Rates vom 2.4.1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl. EG 1979 Nr. L 103, 1; zuletzt geändert durch die Richtlinie 97/49/EG vom 29.7.1997, ABl. EG 1997, Nr. L 223, 9

⁸³⁵ Richtlinie 92/43/EWG des Rates zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen vom 21.5.1992, ABl. EG 1992 Nr. L 206, 7; zuletzt geändert durch die Richtlinie 97/62/EG vom 27.10.1997, ABl. EG 1997, Nr. L 305, 42

Auswirkungen der horizontalen Wirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien im deutschen Verwaltungsrecht.

Die Untersuchung wird zunächst die Entstehung und die Wirkungsweise von *Natura 2000* erläutern und sich dann mit der Umsetzung und dem Vollzug der Vogelschutzrichtlinie und der FFH-Richtlinie im deutschen Recht befassen. Auf dieser Grundlage wird die horizontale Wirkung von EG-Richtlinien im Planfeststellungsverfahren und im Immissionsschutzrecht untersucht.

§ 11 Das ökologische Netz *Natura 2000*

Die rechtlichen Grundlagen für *Natura 2000* wurden mit der am 21.5.1992 erlassenen FFH-Richtlinie geschaffen. Mit der FFH-Richtlinie verfolgt der Gemeinschaftsgesetzgeber in Ergänzung zu der am 2.4.1979 erlassenen Vogelschutzrichtlinie nach Art. 2 Abs. 1 FFH-Richtlinie das Ziel, durch die Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Pflanzen im europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten zur umfassenden Sicherung der Artenvielfalt beizutragen. Zu diesem Zweck soll nach Art. 3 Abs. 1 FFH-Richtlinie ein "kohärentes europäisches ökologisches Netz besonderer Schutzgebiete mit der Bezeichnung *Natura 2000*" errichtet werden. Dieses Netz besteht aus den in Anhang I der FFH-Richtlinie aufgeführten Lebensraumtypen sowie den in Anhang II der FFH-Richtlinie aufgelisteten Arten. Nach Art. 3 Abs. 2 FFH-Richtlinie umfasst *Natura 2000* auch die von den Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 1 U. abs. 4 Vogelschutzrichtlinie *ausgewiesenen* besonderen Vogelschutzgebiete.

Im Zusammenhang mit dem durch *Natura 2000* zu etablierenden gemeinschaftsrechtlichen Habitatschutzsystem stellt sich zunächst die Frage nach dessen räumlichem Anwendungsbereich. Im Folgenden wird daher auf die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an die Ausweisung von Schutzgebieten eingegangen. Anschließend wird erörtert, welche rechtlichen Konsequenzen sich aus der Ausweisung bzw. Anerkennung eines Schutzgebietes ergeben. Schließlich wird dargestellt, welche Folgen Verstöße der Mitgliedstaaten gegen ihre Verpflichtung zu fristgerechter Umsetzung und zu fristgerechtem Vollzug der FFH-Richtlinie und der Vogelschutzrichtlinie haben.

A. Errichtung des ökologischen Netzes *Natura 2000* durch die Ausweisung von Schutzgebieten.

Die Errichtung des Schutzgebietsnetzes *Natura 2000* setzt zunächst die Ausweisung von besonderen Vogelschutzgebieten nach Art. 4 Abs. 1 U.abs. 4 Vogelschutzrichtlinie und von FFH-Gebieten nach dem Verfahren der Art. 4 und 5 FFH-Richtlinie voraus. Die FFH-Schutzgebiete unterliegen unmittelbar dem Gebietsschutzregime des Art. 6 FFH-Richtlinie. Darüber hinaus treten nach Art. 7 FFH-Richtlinie die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten nach Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der FFH-Richtlinie, danach ab dem Zeitpunkt, in dem der betreffende Mitgliedstaat ein Gebiet als besonderes Vogelschutzgebiet erklärt (Art. 4 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie) oder anerkennt (Art. 4 Abs. 2 Vogelschutzrichtlinie) hat,⁸³⁶ an die Stelle der Pflichten, die sich vormals aus Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie ergaben. Da die FFH-Richtlinie nicht regelt, unter welchen Bedingungen Gebiete der Mitgliedstaaten als besondere Vogelschutzgebiete auszuweisen sind, ist hinsichtlich der materiellen Anforderungen an die Ausweisung besonderer Vogelschutzgebiete weiterhin allein die Regelung des Art. 4 Abs. 1 U.abs. 4 Vogelschutzrichtlinie einschlägig.⁸³⁷ Dies hat der Europäische Gerichtshof in der *Lappel-Bank*⁸³⁸-Entscheidung bestätigt.

I. Besondere Vogelschutzgebiete

Zweck der Vogelschutzrichtlinie ist ausweislich ihres Art. 1 Abs. 1 die Erhaltung sämtlicher im europäischen Gebiet der Gemeinschaft heimischen wildlebenden Vogelarten. Die Vogelschutzrichtlinie begründete erstmals im gesamten europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (abgesehen von Grönland, das nach Art. 1 Abs. 3 Vogelschutzrichtlinie von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen ist) verbindliche Verpflichtungen zum Schutz der Bestände wildlebender Vogelarten. So sind die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um für alle dem Anwendungsbereich der Richtlinie unterfallenden Vogelarten eine ausreichende Vielfalt und flächenmäßig ausreichende Lebensräume zu

⁸³⁶ Die Begriffe "erklärt" und "anerkennt" haben in diesem Zusammenhang dieselbe Bedeutung und sind als Synonyme für "ausgewiesen" zu verstehen, vgl. auch Jarass, EG-rechtliche Vorgaben zur Ausweisung und Änderung von Vogelschutzgebieten, NuR 1999, 481 (482)

⁸³⁷ so auch Jarass, EG-rechtliche Vorgaben zur Ausweisung und Änderung von Vogelschutzgebieten, NuR 1999, 481 (483); Gellermann, *Natura 2000*, 32

⁸³⁸ EuGH, Urt. v. 11.7.1996, Rs. C-44/95 (*Lappel-Bank*), Slg. 1996, I-3805 (3855 f.)

erhalten. Nach Art. 3 Abs. 2 Vogelschutzrichtlinie umfassen diese Maßnahmen insbesondere die Einrichtung von allgemeinen Schutzgebieten, die Pflege und ökologisch richtige Gestaltung der Lebensräume in und außerhalb von Schutzgebieten, die Wiederherstellung zerstörter Lebensstätten und die Neuschaffung von Lebensstätten. Da Art. 3 Vogelschutzrichtlinie auf Art. 2 Vogelschutzrichtlinie verweist, können der Ergreifung von Maßnahmen, insbesondere der Ausweisung von allgemeinen Vogelschutzgebieten, wirtschaftliche und freizeitbedingte Erfordernisse entgegenstehen.⁸³⁹

Neben diesen allgemeinen Schutzmaßnahmen sieht Art. 4 Vogelschutzrichtlinie für die in Anhang I der Richtlinie aufgeführten Vogelarten (Art. 4 Abs. 1) sowie für die im Geltungsbereich der Richtlinie regelmäßig auftretenden Zugvogelarten (Art. 4 Abs. 2) die Ergreifung besonderer Schutzmaßnahmen vor, um das Überleben und die Vermehrung dieser Vogelarten in dem jeweiligen Verbreitungsgebiet sicherzustellen. So übermitteln die Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 3 Vogelschutzrichtlinie der Kommission alle sachdienlichen Informationen, die diese benötigt, um durch die Einleitung von Koordinierungsmaßnahmen zu gewährleisten, dass die in Art. 4 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie und in Art. 4 Abs. 2 Vogelschutzrichtlinie genannten Gebiete ein zusammenhängendes Netz darstellen.

Nach Art. 4 Abs. 1 U. abs. 4 Vogelschutzrichtlinie sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die "für die Erhaltung dieser Arten zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete" unter Berücksichtigung der Erfordernisse des Schutzes dieser Arten zu besonderen Schutzgebieten zu erklären. Bei der Entscheidung über die Unterschutzstellung ist nach Art. 4 Abs. 1 U. abs. 2 Vogelschutzrichtlinie weiterhin zu berücksichtigen, ob das betreffende Gebiet ein Lebensraum für vom Aussterben bedrohte Arten, gegen bestimmte Veränderungen ihrer Lebensräume empfindliche Arten, wegen ihres geringen Bestandes oder ihrer beschränkten örtlichen Verbreitung als selten geltende Arten oder für aufgrund des spezifischen Charakters ihres Lebensraums einer besonderen Aufmerksamkeit bedürftige Arten ist. Gelangt ein Mitgliedstaat unter Berücksichtigung der oben genannten Aspekte zu dem Ergebnis, dass ein nationales Gebiet zu den "geeignetsten" Gebieten im Anwendungsbereich der Vogelschutzrichtlinie gehört, ist er verpflichtet, dieses Gebiet als besonderes Vogelschutzgebiet auszuweisen. In der *Santoña*-Entscheidung⁸⁴⁰ räumte der Europäische Gerichtshof den Mitgliedstaaten zwar einen gewissen Ermessensspielraum bei der Auswahl der besonderen Schutzgebiete ein, betonte aber gleichzeitig, dass die Entscheidung über die Deklaration dieser Gebiete allein den durch die Vogelschutzrichtlinie festgelegten

⁸³⁹ vgl. Jarass, EG-rechtliche Vorgaben zur Ausweisung und Änderung von Vogelschutzgebieten, NuR 1999, 481 (481)

⁸⁴⁰ EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C 335/90, Slg. 1993, I-4221 (Rn. 25 f.)

ornithologischen Kriterien unterliegt. In einem weiteren Urteil⁸⁴¹ präzisierte der Gerichtshof seine Ausführungen dahingehend, dass sich der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten nicht darauf beziehe, die nach ornithologischen Kriterien am geeignetsten erscheinenden Gebiete zu besonderen Vogelschutzgebieten zu erklären, sondern lediglich auf die Anwendung dieser Kriterien zum Zwecke der Auswahl der am besten geeigneten Gebiete. Somit sind die Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes verpflichtet, alle Gegenden zu besonderen Schutzgebieten zu erklären, die nach ornithologischen Kriterien für die Erhaltung der betreffenden Vogelarten am geeignetsten erscheinen. Im Gegensatz zur Ausweisung allgemeiner Vogelschutzgebiete im Sinne von Art. 3 Vogelschutzrichtlinie können die in Art. 2 Vogelschutzrichtlinie genannten wirtschaftlichen Erfordernisse bei der Auswahl und Abgrenzung eines besonderen Vogelschutzgebietes selbst dann nicht berücksichtigt werden, wenn sie zwingende Gründe des überwiegenden wirtschaftlichen Interesses darstellen.⁸⁴² Das Schrifttum ist der Auffassung des Europäischen Gerichtshofes überwiegend gefolgt.⁸⁴³

Nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen lässt der Europäische Gerichtshof die Berücksichtigung anderer als ornithologischer Kriterien zu. So erklärte der Gerichtshof im *Santoña*-Urteil⁸⁴⁴, dass bei der mitgliedstaatlichen Entscheidung über die Gebietsauswahl Interessen des Allgemeinwohls zu berücksichtigen sind, sofern sie der ökologischen Zielsetzung der Richtlinie übergeordnet sind. Damit verlieh der EuGH dem in der Entscheidung *Leybucht*⁸⁴⁵ entwickelten Grundsatz, wonach die Mitgliedstaaten ein bereits ausgewiesenes besonderes Vogelschutzgebiet nur bei Vorliegen außerordentlicher Gründe des Allgemeinwohls nachträglich flächenmäßig verkleinern dürfen, auch im Zusammenhang mit der Gebietsausweisung Geltung. Eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Unterschutzstellung kommt nach der Auffassung des Gerichtshofes auch dann in Betracht, wenn durch das stattdessen verfolgte Vorhaben gleichzeitig konkrete positive Auswirkungen auf die Lebensräume der Vögel erreicht werden.⁸⁴⁶ Dagegen ist ein Mitgliedstaat nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofes daran gehindert, unter Berufung auf die Vorschrift des Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie, die gemäß Art. 7 FFH-Richtlinie neben Art. 6 Abs. 2 und 3

⁸⁴¹ EuGH, Urt. v. 19.5.1998, Rs. C-3/96, Slg. 1998 (Kommission ./ Niederlande), I-3031 (Rn. 60 ff.)

⁸⁴² EuGH, Rs. C-44/95 (Lappel-Bank), a.a.O. (Rn. 27)

⁸⁴³ Düppenbecker/Greiving, Die Auswirkungen der FFH-Richtlinie und der Vogelschutzrichtlinie auf die Bauleitplanung, UPR 1999, 173 (174); Fisahn/Cremer, Ausweisungspflicht und Schutzregime nach Fauna-Flora-Habitat- und der Vogelschutzrichtlinie, NuR 1997, 268 (270); Gellermann, Natura 2000, 26 f.; Maas, Die Identifizierung faktischer Vogelschutzgebiete, NuR 2000, 121 (125)

⁸⁴⁴ EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C 335/90, Slg. 1993, I-4221 (Rn. 19 ff.)

⁸⁴⁵ EuGH, Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-57/89 (Leybucht), Slg. 1991, I-883 (Rn. 21)

⁸⁴⁶ EuGH, Rs. C.57/89 (Leybucht), a.a.O. (Rn. 25)

FFH-Richtlinie nunmehr für alle besonderen Vogelschutzgebiete gilt, wirtschaftliche Kriterien bei der Auswahl und Ausweisung von besonderen Vogelschutzgebieten zu berücksichtigen. In der Entscheidung *Lappel-Bank*⁸⁴⁷ weist der Gerichtshof zutreffend darauf hin, dass die Ausnahmegründe erst für das bereits ausgewiesene Vogelschutzgebiet gelten und auch dann erst in einer umfangreichen Einzelfallentscheidung festgestellt werden muss, ob die Durchführung eines Plans oder Projektes ausnahmsweise zugelassen werden kann, obwohl sie zu einer Beeinträchtigung bereits bestehender Schutzgebiete führt. Diese Entscheidung kann nicht bereits im Rahmen der Gebietsausweisung vorweggenommen werden.⁸⁴⁸

II. FFH-Gebiete

Im Gegensatz zur Vogelschutzrichtlinie, die keine Vorschriften über die Ausweisung der besonderen Vogelschutzgebiete enthält, ist das Verfahren der Ausweisung von FFH-Schutzgebieten in der FFH-Richtlinie detailliert geregelt. Nach Art. 4 Abs. 1 der FFH-Richtlinie legt jeder Mitgliedstaat zunächst anhand der in Anhang III der Richtlinie (Phase 1) festgelegten Kriterien und einschlägigen wissenschaftlichen Informationen eine Liste von Gebieten vor, in der die in diesen Gebieten vorkommenden Lebensraumtypen des Anhangs I und Arten des Anhangs II aufgeführt sind. Die Liste sowie Informationen über die einzelnen Gebiete sind der EG-Kommission innerhalb von drei Jahren nach Bekanntgabe der Richtlinie zuzuleiten. Diese Frist ist am 5.6.1995 abgelaufen.⁸⁴⁹ Auf der Grundlage der mitgliedstaatlichen Gebietslisten erstellt die EG-Kommission dann gem. Art. 4 Abs. 2 U.abs. 1 unter Zugrundelegung der in Anhang III der FFH-Richtlinie (Phase 2) festgelegten Kriterien im Einvernehmen mit den Mitgliedstaaten den Entwurf einer Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung. Darin sind insbesondere die Gebiete auszuweisen, in denen sich wegen ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit im Sinne von Art. 1 lit. d) und h) FFH-Richtlinie als "prioritär" charakterisierte und im Anhang I oder II besonders gekennzeichnete Lebensraumtypen oder Arten befinden. Anschließend wird die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung gem. Art. 4 Abs. 2 U.abs. 3 i.V.m. Art. 21 FFH-Richtlinie unter Beteiligung des "Habitatausschusses", der aus Vertretern der Mitgliedstaaten besteht und dem ein Vertreter der Kommission vorsteht, festgelegt. Gemäß Art. 4 Abs. 3 FFH-

⁸⁴⁷ EuGH, Urt. v. 11.7.1996, Rs. C-44/95, Slg. 1996, I-3805

⁸⁴⁸ EuGH, Rs. C-44/95, a.a.O. (Rn. 41 f.)

⁸⁴⁹ vgl. EuGH, Urt. v. 11.12.1997, Rs. C-83/97, Slg. 1997, I-7191 (Rn. 2)

Richtlinie hätte die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung innerhalb von sechs Jahren nach Bekanntgabe der Richtlinie, d.h. am 5.6.1998, erstellt werden müssen.

Stellt die EG-Kommission fest, dass ein Mitgliedstaat ein Gebiet mit einem prioritären natürlichen Lebensraumtyp oder einer prioritären Art nicht in seiner nationalen Gebietsliste nach Art. 4 Abs. 1 FFH-Richtlinie aufgeführt hat, obwohl dieses Gebiet nach Auffassung der EG-Kommission für den Fortbestand dieses prioritären natürlichen Lebensraumtyps oder das Überleben dieser prioritären Art unerlässlich ist, wird nach Art. 5 Abs. 1 FFH-Richtlinie ein bilaterales Konzertierungsverfahren zwischen der EG-Kommission und dem betreffenden Mitgliedstaat eingeleitet. Können die Meinungsverschiedenheiten nach einem Konzertierungszeitraum von höchstens sechs Monaten nicht behoben werden, übermittelt die EG-Kommission dem Rat der Europäischen Gemeinschaften nach Art. 5 Abs. 2 FFH-Richtlinie einen Vorschlag über die Auswahl des Gebietes als Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung. Nach Art. 5 Abs. 3 FFH-Richtlinie hat der Rat innerhalb von drei Monaten einstimmig über den Kommissionsvorschlag zu entscheiden.

Welche Bedeutung der Vorschrift des Art. 5 FFH-Richtlinie zukommt, ist umstritten. Zum Teil wird angenommen, dass das Konzertierungsverfahren eine abschließende Regelung darstellt mit der Folge, dass die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG gegen einen Mitgliedstaat, der die Aufnahme eines Gebietes in die Gemeinschaftsliste ablehnt, ausgeschlossen wäre.⁸⁵⁰ Dies ist jedoch mit der Gegenauffassung⁸⁵¹ abzulehnen. Gegen die Qualifizierung von Art. 5 FFH-Richtlinie als abschließende Regelung spricht insbesondere, dass durch Art. 5 FFH-Richtlinie, einer Bestimmung des sekundären Gemeinschaftsrechts, nicht die durch Art. 226 f. EG als Bestandteil des primären Gemeinschaftsrechts vorgesehene Möglichkeit zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens modifiziert werden kann.⁸⁵² Somit ist Art. 5 der FFH-Richtlinie nicht als abschließende Regelung anzusehen, die es verbietet, dass ein Gebiet gegen den ausdrücklichen Willen eines Mitgliedstaates in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufgenommen werden kann. Allerdings dürfte eine von der

⁸⁵⁰ Gellermann, *Natura 2000*, 59 f.; Koch, *Europäisches Habitatschutzrecht und Rechte von Planungs- sowie Vorhabenträgern*, 19 f.; Stüber, Gibt es "potentielle Schutzgebiete" i.S.d. FFH-Richtlinie?, *NuR* 1998, 531 (533 f.), der die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens allerdings dann für zulässig hält, wenn ein Mitgliedstaat sich aus anderen als aus naturschutzrechtlichen Gründen weigert, ein bestimmtes Gebiet in seine nationale Gebietsliste aufzunehmen.

⁸⁵¹ Fisahn/Cremer, *Ausweisungspflicht und Schutzregime nach Fauna-Flora-Habitat- und der Vogelschutzrichtlinie*, *NuR* 1997, 268; Kirchhof, *Welches Schutzregime gilt in potentiellen FFH-Gebieten?*, *NuR* 2001, 666 (667)

⁸⁵² so auch Kirchhof, a.a.O. (667)

EG-Kommission nach Art. 226 EG erhobene Klage vor Beendigung des Konzertierungsverfahrens mangels Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abzuweisen sein. Denn insbesondere im Hinblick auf die begrenzte Dauer des Konzertierungsverfahrens erscheint es als gerechtfertigt, die Zulässigkeit der Klageerhebung von der vorherigen erfolglosen Durchführung des Konzertierungsverfahrens abhängig zu machen. Dem steht auch nicht der damit verbundene größere Zeitaufwand entgegen. Da das betroffene Gebiet während der Konzertierungsphase und der anschließenden Beschlussfassung durch den Rat nach Art. 5 Abs. 4 FFH-Richtlinie den Bestimmungen des Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie untersteht, kann eine irreparable Beeinträchtigung des Gebietes bis zur Beendigung des Konzertierungsverfahrens ausgeschlossen werden.

B. Folgen der Gebietsausweisung

I. Erfordernis von Schutz- und Erhaltungsmaßnahmen

Die Ausweisung als besonderes Vogelschutzgebiet bzw. als FFH-Gebiet löst für die Mitgliedstaaten zunächst eine Verpflichtung zur Durchführung allgemeiner Schutz- und Erhaltungsmaßnahmen aus, die gewährleisten soll, dass sich der Erhaltungszustand des Gebietes zumindest nicht verschlechtert. Darüber hinaus sind die Mitgliedstaaten zur Weiterentwicklung der Gebiete verpflichtet, durch die die Schutzfunktion der Gebiete verbessert werden soll.

Die Ausweisung eines Gebietes als FFH-Gebiet hat zur Folge, dass das betreffende Gebiet dem Schutzregime des Art. 6 FFH-Richtlinie unterliegt. Nach Art. 6 Abs. 1 FFH-Richtlinie haben die Mitgliedstaaten zunächst alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um eine Verschlechterung der Gebietsqualität zu verhindern. Neben der bloßen Erhaltung des *status quo* eines Gebietes beinhaltet das allgemeine Gebietsmanagement nach Art. 6 Abs. 1 FFH-Richtlinie aber auch Maßnahmen zur Weiterentwicklung des Gebietes, die auf eine Verbesserung des Erhaltungszustandes des Gebietes für den zu schützenden Lebensraumtyp oder die zu erhaltende Art abzielen.

In besonderen Vogelschutzgebieten sind die Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 1 U.abs. 1 Vogelschutzrichtlinie zur Durchführung besonderer Schutzmaßnahmen verpflichtet, die das Überleben und die Vermehrung der nach Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 Vogelschutzrichtlinie unter

Schutz gestellten Vogelarten in ihrem Verbreitungsgebiet gewährleisten sollen. Bei der Ausgestaltung des Gebietsmanagements haben die Mitgliedstaaten – wie auch im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 FFH-Richtlinie – einen breiten Handlungsspielraum.

II. Das Schutzregime des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie

1. Anwendungsbereich

Neben dem allgemeinen Gebietsmanagement unterliegen FFH-Gebiete gemäß Art. 4 Abs. 5 FFH-Richtlinie ab dem Zeitpunkt ihrer Aufnahme in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung den Bestimmungen des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie. Für besondere Vogelschutzgebiete treten nach Art. 7 FFH-Richtlinie ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der FFH-Richtlinie bzw. ab dem Zeitpunkt ihrer Ausweisung die Verpflichtungen nach Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie an die Stelle der Verpflichtung aus Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie.

2. Das allgemeine Verschlechterungs- und Störungsverbot

Gem. Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie greift nach der Schutzgebietsausweisung ein Verschlechterungsverbot für die natürlichen Lebensräume und Habitate und ein Störungsverbot für die geschützten Arten. Während das Verschlechterungsverbot jede schutzgebietsrelevante Beeinträchtigung der natürlichen Lebensräume und Habitate untersagt, erfährt das Störungsverbot insoweit eine Einschränkung, als die Mitgliedstaaten nur solche Störungen zu vermeiden haben, die sich auf die Ziele der FFH-Richtlinie erheblich auswirken können. Umstritten ist, ob nur solche Verschlechterungen und Störungen den Verboten nach Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie unterliegen, die ihre Ursache innerhalb des Schutzgebietes haben⁸⁵³ oder auch Einflüsse von außen, die sich auf das Schutzgebiet auswirken⁸⁵⁴. Der Wortlaut von Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie lässt beide Interpretationsmöglichkeiten zu. Im

⁸⁵³ so Berner, Der Habitatschutz im europäischen und deutschen Recht, 110; Freytag/Iven, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für den nationalen Habitatschutz, NuR 1995, 109 (111 f.)

⁸⁵⁴ so Gellermann, Natura 2000, 71 f.; Ramsauer, Die Ausnahmeregelungen des Art. 6 Abs. 4 der FFH-Richtlinie, NuR 2000, 601 (602)

Hinblick auf den Schutzzweck der Vorschrift, die Vermeidung einer Verringerung der Gebietsqualität, ist davon auszugehen, dass auch solche Beeinträchtigungen und Störungen dem Verbot des Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie unterliegen, die von außen auf das Gebiet einwirken. Für diese Interpretation spricht auch, dass die Vorschrift nur solche Störungen der geschützten Arten verbietet, die sich im Hinblick auf die Ziele der Richtlinie erheblich auswirken können. Diese Einschränkung des Störungsverbotes verdeutlicht, dass Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie auf die Auswirkungen von Beeinträchtigungen der Gebietsqualität und nicht auf deren Herkunft abstellt.

3. Die Behandlung von Plänen und Projekten

Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie enthalten gegenüber dem allgemeinen Verschlechterungs- und Störungsverbot nach Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie Spezialregelungen für die Behandlung von Plänen und Projekten. Nach Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-Richtlinie sind Pläne oder Projekte, die das Schutzgebiet einzeln oder in Zusammenwirkung mit anderen Plänen und Projekten erheblich beeinträchtigen könnten, einer besonderen Prüfung auf Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen des Schutzgebietes zu unterziehen. In einer jüngeren Entscheidung stellte der Gerichtshof ausdrücklich klar, dass die Formulierung "die ein solches Gebiet (...) *erheblich* beeinträchtigen könnten" die Mitgliedstaaten nicht ermächtigt, bestimmte Projekte von der Verpflichtung zur Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung auszunehmen, weil die für ihre Durchführung veranschlagten Kosten gering sind oder weil sie vom nationalen Gesetzgeber in sonstiger Weise als geringfügig eingestuft werden.⁸⁵⁵

Wann eine *erhebliche* Beeinträchtigung eines Schutzgebietes vorliegt, wird im Schrifttum kontrovers diskutiert.

Während eine erhebliche Beeinträchtigung zum Teil⁸⁵⁶ nur angenommen wird, wenn die möglichen negativen Auswirkungen auf ein Schutzgebiet nicht lediglich vorübergehend sowie von einigem Gewicht sind, ist nach einer anderen Auffassung⁸⁵⁷ immer bereits dann von einer erheblichen Beeinträchtigung auszugehen, wenn eine Beeinträchtigung nicht gänzlich unbedeutend ist.

⁸⁵⁵ EuGH, Urt. v. 6.4.2000, Rs. C-256/98, Slg. 2000, I-2487 (Rn. 39)

⁸⁵⁶ Schink, Auswirkungen der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (EG) auf die Bauleitplanung, GewA 1998, 41 (45)

⁸⁵⁷ Niederstadt, Die Umsetzung der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, NuR1998, 515 (523)

Eine dritte Auffassung⁸⁵⁸ differenziert danach, ob das Schutzgebiet selbst oder lediglich Puffer- und Randzonen beeinträchtigt werden könnten. Im ersten Fall sei unabhängig von der Art und Schwere der drohenden negativen Einflüsse von einer erheblichen Beeinträchtigung auszugehen, im zweiten Fall nur dann, wenn die negativen Einflüsse von einiger Schwere und einigem Gewicht sind. Dies folge aus den unterschiedlichen Regelungsgehalten von Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie und Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie. Während Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie die Verschlechterung und zielrelevante Störungen der "natürlichen Lebensräume und der Habitate der Arten" verbiete, für diese jedoch ein absolutes Verschlechterungsverbot enthalte, ließe Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie für die Verpflichtung zur Durchführung einer Erheblichkeitsprüfung bereits die potentielle erhebliche Beeinträchtigung eines *Natura 2000*-Gebietes als Ganzes ausreichen, lege dafür aber die Schwelle möglicher Beeinträchtigungen höher. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, sei eine Verträglichkeitsprüfung immer dann durchzuführen, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie grundsätzlich gegeben seien, da ansonsten Pläne und Projekte gegenüber anderen Beeinträchtigungen ohne sachlichen Grund privilegiert würden.

Die teleologische Auslegung des Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie legt nahe, dass nicht jede auch noch so geringfügige Beeinträchtigung eines *Natura 2000*-Gebietes die Verpflichtung zur Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung auslösen kann. Wenn von vornherein absehbar ist, dass eine Beeinträchtigung des Gebietes "als solches" ausscheidet, wäre die vorherige Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung reiner Formalismus. Andererseits darf der Schutzzweck des Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie auch nicht dadurch unterlaufen werden, dass überzogene Anforderungen an die Möglichkeit einer erheblichen Beeinträchtigung gestellt werden. Im Ergebnis ist damit der Auffassung zu folgen, derzufolge eine erhebliche Beeinträchtigung nur dann vorliegt, wenn die möglichen negativen Auswirkungen auf ein Schutzgebiet nicht lediglich vorübergehend sowie von einigem Gewicht sind. Nach einer jüngeren Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes⁸⁵⁹ hängt das Erfordernis einer angemessenen Prüfung von Plänen oder Projekten auf ihre Verträglichkeit davon ab, dass die Wahrscheinlichkeit oder die Gefahr besteht, dass sie das betreffende Gebiet erheblich beeinträchtigen. Insbesondere unter Berücksichtigung des Vorsorgeprinzips liegt eine solche Gefahr dann vor, wenn anhand objektiver Umstände nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein Plan oder Projekt das fragliche Gebiet erheblich beeinträchtigt.⁸⁶⁰

⁸⁵⁸ Gellermann, *Natura 2000*, 79 ff.

⁸⁵⁹ EuGH, Urt. v. 20.10.2005, Rs. C-6/04, Slg. 2005, I-0000

⁸⁶⁰ EuGH, Urt. v. 20.10.2005, a.a.O. (Rn. 54)

Ergibt die Verträglichkeitsprüfung, dass das Gebiet "als solches" nicht beeinträchtigt wird, kann der Plan bzw. das Projekt gem. Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-Richtlinie zugelassen werden.⁸⁶¹ Wann eine Beeinträchtigung eines Gebietes "als solches" vorliegt, ist umstritten. Nach einer Auffassung im Schrifttum ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn die Verwirklichung des Plans bzw. Projektes den Gebietscharakter verändert⁸⁶² oder das Schutzgebiet in seinen für den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen erheblich oder nachhaltig beeinträchtigen könnte⁸⁶³. Nach einer anderen Ansicht ist die Beeinträchtigung eines Gebiets "als solches" bereits dann gegeben, wenn entweder die im Gebiet gelegenen Lebensraumtypen, Habitate und Arten oder die in die Gebietskulisse einbezogenen Rand-, Puffer- oder Erweiterungszonen durch die Realisierung des Plans bzw. Projektes in erheblichem Maße beeinträchtigt werden könnten.⁸⁶⁴ Hierauf wird zutreffend entgegnet, dass Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-Richtlinie gerade nicht wie Art. 6 Abs. 3 S. 1 FFH-Richtlinie von einer erheblichen Beeinträchtigung spricht und sich in S. 2 der Regelung auch kein Hinweis auf S. 1 findet.⁸⁶⁵ Es wäre auch sinnwidrig, wenn die Verträglichkeitsprüfung lediglich in der nochmaligen Prüfung ihrer eigenen Voraussetzungen bestünde. Somit ist Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-Richtlinie so zu interpretieren, dass die Unzulässigkeit eines Plans oder Projektes nach dieser Vorschrift nur dann anzunehmen ist, wenn das Gebiet über eine erhebliche Beeinträchtigung hinaus in seinen charakteristischen Merkmalen, die für den Schutzstatus ausschlaggebend sind, nachhaltig verändert werden könnte.

Pläne oder Projekte, die ein Gebiet als solches beeinträchtigen können und daher nach Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-Richtlinie grundsätzlich unzulässig sind, können nur verwirklicht werden, wenn die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie gegeben sind. Danach kann ein Plan bzw. Projekt ausnahmsweise zugelassen werden, wenn dies aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses erforderlich ist, keine Alternativlösung vorhanden ist und die zur Wahrung der Kohärenz von *Natura 2000* erforderlichen Ausgleichsmaßnahmen ergriffen werden. Damit ist zunächst klargestellt, dass private Interessen eine Ausnahme nach Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie nicht rechtfertigen können. Öffentliche Belange, die auch sozialer und wirtschaftlicher Art sein können, rechtfertigen eine

⁸⁶¹ Nach der Auffassung von Gellermann (in: *Natura 2000*, 84) kommt die Zulassung eines Plans bzw. Projektes nach Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-Richtlinie neben der Beeinträchtigung eines Gebietes als solches auch dann nicht in Betracht, wenn ein Plan oder Projekt zwar keine Beeinträchtigung bewirkt, jedoch notwendigen Entwicklungsmaßnahmen unüberwindliche Hindernisse bereitet. Diesen zweiten Versagungsgrund entnimmt Gellermann dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-Richtlinie ("unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Verträglichkeitsprüfung").

⁸⁶² Fisahn, *Internationale Anforderungen an den deutschen Naturschutz*, ZUR 1996, 3 (6)

⁸⁶³ Freytag/Iven, *Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für den nationalen Habitatschutz*, NuR 1995, 109 (113)

⁸⁶⁴ Gellermann, *Natura 2000*, 85 ff.

⁸⁶⁵ Koch, *Europäisches Habitatschutzrecht und Rechte von Planungs- sowie Vorhabenträgern*, 30 f.

Ausnahme nur dann, wenn ihnen gegenüber den Zielen der Richtlinie, dem Interesse an der Erhaltung der Integrität des Gebietes und des Netzes *Natura 2000*, überwiegende Bedeutung zukommt. Für Gebiete, die einen prioritären natürlichen Lebensraum oder eine prioritäre Art einschließen, erfährt Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie eine zusätzliche Einschränkung. Nach Art. 6 Abs. 4 U. abs. 2 FFH-Richtlinie können dort nur solche zwingende Gründe des öffentlichen Interesses eine Ausnahme rechtfertigen, die im Zusammenhang mit der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit oder mit maßgeblichen günstigen Auswirkungen auf die Umwelt stehen. Andere zwingende Gründe des öffentlichen Interesses können nur dann zur Zulassung eines Plans oder Projektes führen, wenn zuvor eine Stellungnahme der Kommission eingeholt worden ist. Nach überwiegender, zutreffender Auffassung kommt damit der Unterscheidung zwischen prioritären und sonstigen Gebieten im Rahmen von Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie lediglich verfahrensrechtliche Bedeutung zu, so dass auch Interessen wirtschaftlicher und sozialer Art nach Anhörung der Kommission grundsätzlich eine Ausnahme rechtfertigen können.⁸⁶⁶

Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung⁸⁶⁷ sind besondere Vogelschutzgebiete nicht als Gebiete, die einen prioritären natürlichen Lebensraumtyp bzw. eine prioritäre Art im Sinne von Art. 6 Abs. 4 U. abs. 2 FFH-Richtlinie einschließen, anzusehen. In der FFH-Richtlinie findet sich kein Anhaltspunkt für eine derartige Annahme. So enthält Art. 1 d) und h) FFH-Richtlinie eine abschließende Definition prioritärer Gebiete bzw. Arten. Deshalb muss davon ausgegangen werden, dass sich die Verweisung in Art. 7 FFH-Richtlinie nur auf Art. 6 Abs. 4 U. abs. 1 FFH-Richtlinie bezieht.⁸⁶⁸

III. Nachträgliche Gebietsänderungen

Die Vogelschutzrichtlinie enthält keine Regelung betreffend die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Mitgliedstaat die Ausweisung eines besonderen Vogelschutzgebietes nachträglich ändern oder gar rückgängig machen kann. In der FFH-Richtlinie findet sich lediglich die Bestimmung des Art. 9 S. 2, wonach die Ausweisung eines FFH-Gebietes nachträglich aufgehoben werden kann, wenn der Lebensraumtyp und/oder die Art, zu deren Schutz die Ausweisung erfolgt ist, nicht mehr schutzbedürftig sind und der Zweck der

⁸⁶⁶ vgl. zum Meinungsstand Gellermann, *Natura 2000*, 104 ff. m.w.N.

⁸⁶⁷ Gellermann, *Natura 2000*, 100 ff.

⁸⁶⁸ Antwort der Kommission auf eine schriftliche Anfrage (P-0755/96), ABl. EG 1996, Nr. C 280, 74; Koch, *Europäisches Habitatschutzrecht und Rechte von Planungs- sowie Vorhabenträgern*, 35

Unterschutzstellung somit erreicht wurde. Da Art. 9 FFH-Richtlinie in der Verweisung des Art. 7 FFH-Richtlinie nicht genannt ist, dürfte eine Anwendbarkeit von Art. 9 FFH-Richtlinie auf besondere Vogelschutzgebiete nicht in Betracht kommen.⁸⁶⁹

Mangels einer einschlägigen Rechtsgrundlage hat der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *Lappel-Bank*⁸⁷⁰ entschieden, dass sich die Frage nach der Zulässigkeit der nachträglichen Verkleinerung eines Gebietes nach Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie bemisst. Für besondere Vogelschutzgebiete hat der Gerichtshof im *Leybucht-Urteil*⁸⁷¹ auf Art. 4 Abs. 4 Vogelschutzrichtlinie zurückgegriffen. In dieser Entscheidung führte der Gerichtshof aus, dass ein Mitgliedstaat nach erfolgter Ausweisung eines Gebietes als besonderes Vogelschutzgebiet die Fläche dieses Gebietes nur unter engen Voraussetzungen nachträglich ändern oder verkleinern kann. Dies ergibt sich nach Auffassung des Gerichtshofes daraus, dass der Mitgliedstaat gerade durch die Ausweisung als besonderes Vogelschutzgebiet anerkannt habe, dass die Fläche zu den „geeignetsten Gebieten“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie gehört. Der Mitgliedstaat könne sich im Hinblick auf diese Fläche daher grundsätzlich nicht mehr einseitig dem Beeinträchtigungsverbot des Art. 4 Abs. 4 Vogelschutzrichtlinie entziehen.⁸⁷² Nach Inkrafttreten der FFH-Richtlinie ist aufgrund der Verweisungsnorm des Art. 7 FFH-Richtlinie nunmehr auch für nachträgliche Korrekturen der Ausweisung besonderer Vogelschutzgebiete anstelle von Art. 4 Abs. 4 Vogelschutzrichtlinie Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie als maßgebliche Norm heranzuziehen. Dessen ungeachtet behalten die im *Leybucht-Urteil* getroffenen Feststellungen insoweit ihre Gültigkeit, als an die nachträgliche Änderung bereits erfolgter Schutzgebietsausweisungen hohe Anforderungen zu stellen sind.

Unter Zugrundelegung einer am Normzweck von Art. 4 Abs. 1 U. abs. 4 Vogelschutzrichtlinie und der Art. 4 und 5 FFH-Richtlinie orientierten Auslegung ist die nachträgliche Änderung des Gebietsstandes von Schutzgebieten darüber hinaus auch dann als zulässig anzusehen, wenn es für die Unterschutzstellung keine Gründe mehr gibt, weil das Gebiet langfristig nicht mehr zu den geeignetsten Gebieten im Sinne von Art. 4 Abs. 1 U. abs. 4 Vogelschutzrichtlinie gehört bzw. nicht mehr die materiellen Voraussetzungen für ein Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 U. abs. 1 FFH-Richtlinie erfüllt und der Grund für die ursprüngliche Unterschutzstellung somit nachträglich entfallen ist. Dies setzt allerdings voraus, dass der Schutzzweck langfristig nicht wiederhergestellt werden kann.

⁸⁶⁹ vgl. Jarass, EG-rechtliche Vorgaben zur Ausweisung und Änderung von Vogelschutzgebieten, NuR 1999, 481 (487); Gellermann, Natura 2000, 131

⁸⁷⁰ EuGH, Rs. C-44/95, a.a.O. (Rn. 39)

⁸⁷¹ EuGH, Rs. C.57/89, a.a.O. (Rn. 20)

⁸⁷² EuGH, Rs. C.57/89, a.a.O. (Rn. 20)

Hat ein Mitgliedstaat die Verschlechterung des Schutzstatus selbst herbeigeführt, ist er gem. Art. 5 Abs. 2 EG verpflichtet, alle ihm zur Verfügung stehenden Maßnahmen zu ergreifen, um diesen wiederherzustellen.⁸⁷³

C. Umsetzung und Vollzug von Vogelschutz- und FFH-Richtlinie im deutschen Recht

Anders als gewöhnliche Harmonisierungsrichtlinien verpflichten die Vogelschutz- und die FFH-Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht lediglich, ihre Bestimmungen in nationales Recht umzusetzen. Hinsichtlich beider Richtlinien ist die Implementierung der Richtlinienvorgaben in nationales Recht nur der erste Schritt zur Erfüllung der richtlinienbedingten Verpflichtungen der Mitgliedstaaten. Die Errichtung des kohärenten europäischen ökologischen Netzes besonderer Schutzgebiete *Natura 2000* setzt bereits begrifflich die Existenz von Schutzgebieten voraus, an die das Schutzregime des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie anknüpfen kann.

Im Rahmen der Untersuchung, inwieweit die Bundesrepublik Deutschland ihren Verpflichtungen aus der Vogelschutzrichtlinie und aus der FFH-Richtlinie nachgekommen ist, sind demnach zwei Aspekte zu unterscheiden, nämlich einerseits die Umsetzung der vorgenannten Richtlinien in nationales Recht und andererseits ihr Vollzug durch die Ausweisung der besonderen Vogelschutzgebiete bzw. die Übermittlung der nationalen Gebietsliste nach Art. 4 Abs. 3 FFH-Richtlinie an die EG-Kommission. Diese beiden Aspekte sind getrennt voneinander zu erörtern.⁸⁷⁴

I. Die Umsetzung von Vogelschutz- und FFH-Richtlinie

Gemäß Art. 23 der FFH-Richtlinie waren die Mitgliedstaaten verpflichtet, die FFH-Richtlinie innerhalb von zwei Jahren nach ihrer Bekanntgabe durch Erlass der erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften umzusetzen. Diese Frist endete für die Bundesrepublik Deutschland, der die Richtlinie am 5.6.1992 bekannt gegeben worden war, am 5.6.1994. Am 11.12.1997 stellte der Europäische Gerichtshof in einem gegen die Bundesrepublik

⁸⁷³ vgl. Jarass, EG-rechtliche Vorgaben zur Ausweisung und Änderung von Vogelschutzgebieten, NuR 1999, 481 (489); Gellermann, *Natura 2000*, 132 f.

⁸⁷⁴ vgl. hierzu Rengeling, Umsetzungsdefizite der FFH-Richtlinie in Deutschland? – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum sog. „Ostseeautobahnurteil“, UPR 1998, 281 (281 f.)

Deutschland gerichteten Vertragsverletzungsverfahren fest, dass diese ihren Umsetzungspflichten aus der FFH-Richtlinie nicht nachgekommen ist.⁸⁷⁵

Erst nach der Verurteilung durch den Europäischen Gerichtshof wurde der Bundesgesetzgeber tätig, um den Regelungsvorgaben der FFH-Richtlinie gerecht zu werden. Den Kernbereich der zur Implementierung von *Natura 2000* im deutschen Recht geschaffenen Vorschriften bilden die §§ 10, 32-38 des Bundesnaturschutzgesetzes (im Folgenden: BNatSchG)⁸⁷⁶. Da der Bundesgesetzgeber im Bereich des Naturschutzes nach Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GG lediglich über eine Rahmengesetzgebungskompetenz verfügt, weist § 11 BNatSchG einem Großteil dieser bundesnaturschutzrechtlichen Regelungen den Charakter von Rahmenvorschriften für die Landesgesetzgebung zu. Die Vorschrift des § 69 BNatSchG, die in Abweichung von § 11 BNatSchG für mehrere Vorschriften die unmittelbare Wirkung anordnete, ist aufgrund ihrer Befristung bis zum 8.5.2003 nunmehr hinfällig geworden. Der Bundesgesetzgeber ging ersichtlich davon aus, dass die Bundesländer bis zu diesem Zeitpunkt unter Berücksichtigung der Rahmenvorschriften des Bundesnaturschutzgesetzes entsprechende landesrechtliche Vorschriften erlassen haben würden. Dementsprechend setzte der Bundesgesetzgeber den Ländern in § 71 Abs. 1 BNatSchG zur Erfüllung ihrer Verpflichtung zum Erlass von landesrechtlichen Vorschriften hinsichtlich der §§ 32-35 BNatSchG sowie von § 37 Abs. 2 und 3 BNatSchG Frist bis zum 8.5.2003 und im Übrigen bis zum 3.4.2005. In Ergänzung zu den neu in das Bundesnaturschutzgesetz eingefügten Regelungen wurden zur Umsetzung der FFH-Richtlinie ferner Änderungen am Baugesetzbuch, am Raumordnungsgesetz sowie am Wasserhaushaltsgesetz vorgenommen.

Nach Auffassung der Kommission wurde die FFH-Richtlinie ungeachtet der in das Bundesnaturschutzgesetz und in Ergänzung dazu in das Baugesetzbuch, das Raumordnungsgesetz sowie das Wasserhaushaltsgesetz eingefügten Neuregelungen bislang noch nicht ordnungsgemäß in deutsches Recht umgesetzt. Dementsprechend richtete die Kommission am 10.4.2000 ein erstes Mahnschreiben i.S.v. Art. 226 Abs. 1, HS. 2 EG an die Bundesregierung, verbunden mit der Aufforderung zur Stellungnahme binnen drei Monaten.⁸⁷⁷ In ihrer Stellungnahme vom 11.8.2000 wies die Bundesregierung die Kritik der

⁸⁷⁵ EuGH, Urt. v. 11.12.1997, Rs. C-83/97, Slg. 1997, I-7191 (Rn. 10)

⁸⁷⁶ in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Naturschutzes und der Landschaftspflege und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften (BNatSchGNeuRegG) v. 25.03.2002 (BGBl. 2002 I, 1193), das am 4.4.2002 in Kraft getreten ist

⁸⁷⁷ Ersuchen der Kommission vom 4.4.2000 – SG (2000) D 102823 – um Stellungnahme der Bundesregierung bzgl. unzureichender Umsetzung der FFH-Richtlinie durch die zweite Novelle zum BNatSchG und das BauGB, abgedruckt in NuR 2000, 625

Kommission zurück, woraufhin die Kommission eine begründete Stellungnahme i.S.v. Art. 226 Abs. 1, HS. 1 EG abgab und die Bundesrepublik Deutschland aufforderte, der Stellungnahme binnen zwei Monaten nachzukommen. Nach Ablauf dieser Frist erhob die Kommission Klage gegen die Bundesrepublik Deutschland. Mit Urteil vom 10.1.2006 hat der Europäische Gerichtshof nunmehr festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 6 Abs. 3 sowie aus den Art. 12, 13 und 16 der FFH-Richtlinie verstoßen hat.⁸⁷⁸

Für die Frage, ob die FFH-Richtlinie und die Vogelschutzrichtlinie, für die die Umsetzungsfrist bereits vor Jahrzehnten abgelaufen ist, ordnungsgemäß in deutsches Recht umgesetzt worden sind, ist zunächst von Bedeutung, ob der deutsche Gesetzgeber den rechtlichen Rahmen geschaffen hat, der in richtlinienkonformer Weise die Errichtung des Schutzgebietssystems *Natura 2000* ermöglicht. Anschließend ist zu erörtern, ob die Rechtslage in Deutschland betreffend den Schutz und die Erhaltung bereits ausgewiesener oder noch auszuweisender Schutzgebiete den Anforderungen der Vogelschutzrichtlinie und der FFH-Richtlinie genügt.

1. Die Errichtung von *Natura 2000*

§ 33 BNatSchG bestimmt in seiner durch das Gesetz zur Neuregelung des Naturschutzes und der Landschaftspflege und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften (BNatSchGNeuRegG) vom 25.3.2002 geänderten Fassung, dass die Länder "die Gebiete, die der Kommission nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 92/43/EWG und Art. 4 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 79/409/EWG zu benennen sind, nach den in dieser Vorschrift genannten Maßgaben" auswählen, wobei sie das Benehmen mit dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit herstellen, das wiederum die anderen fachlich betroffenen Bundesministerien beteiligt und die Kommission entsprechend informiert. Damit wird im Gegensatz zu der vorhergehenden Fassung des Bundesnaturschutzgesetzes nicht wie bisher lediglich auf das Verfahren der Gebietsmeldung nach Art. 4 Abs. 1 FFH-Richtlinie, sondern auch auf die Verpflichtung zur Erklärung der für die Erhaltung der in Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 Vogelschutzrichtlinie genannten Arten "zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete" zu besonderen Vogelschutzgebieten nach Art. 4 Abs. 1 U. abs. 4 Vogelschutzrichtlinie Bezug genommen.

⁸⁷⁸ EuGH, Urte. v. 10.1.2006, Rs. C-98/03, Slg. 2006, I-0000

Gemäß § 33 Abs. 2 BNatSchG erklären die Länder die in die Liste der "Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung" eingetragenen Gebiete nach Maßgabe des Art. 4 Abs. 4 FFH-Richtlinie sowie die Europäischen Vogelschutzgebiete zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft im Sinne des § 22 Abs. 1 BNatSchG. Durch diesen Verweis verdeutlicht der Bundesgesetzgeber, dass zur Erfüllung der Ausweisungspflicht sämtliche der dort genannten Schutzgebietstypen in Betracht kommen. § 33 Abs. 3 BNatSchG bestimmt, welche Angaben in der Schutzgebietserklärung zwingend enthalten sein müssen. Nach § 33 Abs. 4 BNatSchG sind unter engen Voraussetzungen Ausnahmen von der Unterschutzstellung möglich.

Die präzise Verweisung auf eine konkrete Richtlinienbestimmung stellt eine ordnungsgemäße Richtlinienumsetzung dar, sofern die Richtlinienbestimmung selbst hinreichend bestimmt ist.⁸⁷⁹ Da sowohl Art. 4 Abs. 1 U. abs. 4 Vogelschutzrichtlinie als auch Art. 4 Abs. 1 und 4 FFH-Richtlinie hinreichend bestimmte Regelungen enthalten, könnte grundsätzlich von einer ordnungsgemäßen Umsetzung dieser Vorschriften ausgegangen werden. Problematisch ist allerdings, dass § 33 BNatSchG eine bloße Rahmenvorschrift darstellt, für die – mit Ausnahme von § 33 Abs. 5 BNatSchG – die unmittelbare Geltung auch nicht übergangsweise durch die (mittlerweile ohnehin obsolet gewordene) Vorschrift des § 69 Abs. 1 BNatSchG angeordnet worden ist. Bei einer bloßen Rahmenvorschrift, die lediglich Vorgaben für den Landesgesetzgeber enthält, kann jedoch nicht von einer ordnungsgemäßen Richtlinienumsetzung ausgegangen werden.

Aufgrund des Verweises in § 32 Abs. 1 S. 2 BNatSchG, wonach die Erfüllung der sich aus der Vogelschutzrichtlinie ergebenden Verpflichtungen den Ländern obliegt, ist daher zu untersuchen, inwieweit das Landesrecht Bestimmungen über die Ausweisung besonderer Vogelschutzgebiete sowie über die Meldung und Unterschutzstellung von FFH-Gebieten enthält. In Thüringen wurde § 33 BNatSchG zwischenzeitlich im Wesentlichen inhaltsgleich durch § 26 a Thüringer Naturschutzgesetz⁸⁸⁰ (im Folgenden: ThürNatG) in Landesrecht umgesetzt. Auch in Bayern wurden die Bestimmungen über die Ausweisung besonderer Vogelschutzgebiete sowie über die Meldung und Unterschutzstellung von FFH-Gebieten inzwischen durch eine Änderung des Bayerischen Naturschutzgesetzes⁸⁸¹ (im Folgenden: BayNatSchG) ordnungsgemäß umgesetzt. Art. 13 b enthält zwischenzeitlich ebenfalls eine § 33 BNatSchG entsprechende Regelung. Damit wurden Art. 4 Abs. 1 U. abs. 4

⁸⁷⁹ vgl. Ruffert in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, Art. 249 Rn. 52 m.w.N.

⁸⁸⁰ Thüringer Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. April 1999, GVBl. S. 298, zuletzt geändert durch Art. 1 d. Ges. v. 15.07.2003 (GVBl. Nr. 11/2003 S. 393)

⁸⁸¹ Gesetz über den Schutz der Natur, die Pflege der Landschaft und die Erholung in der freien Natur in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Dezember 2005, GVBl 2006, S. 2

Vogelschutzrichtlinie und Art. 4 Abs. 1 und 4 FFH-Richtlinie zumindest in Thüringen und in Bayern nunmehr – wenngleich mit erheblicher Verspätung – ordnungsgemäß umgesetzt.

Ein Umsetzungsdefizit besteht allerdings im Hinblick auf die Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 3 Vogelschutzrichtlinie, wonach die Mitgliedstaaten der Kommission alle sachdienlichen Informationen übermitteln, damit die Kommission durch die Einleitung von Koordinierungsmaßnahmen gewährleisten kann, dass die in Art. 4 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie und in Art. 4 Abs. 2 Vogelschutzrichtlinie genannten Gebiete ein zusammenhängendes Netz darstellen. Eine dem Art. 4 Abs. 3 Vogelschutzrichtlinie entsprechende Bestimmung findet sich weder im Bundesnaturschutzgesetz noch in den landesrechtlichen Naturschutzbestimmungen Thüringens und Bayerns.

Damit stellt sich die Frage, wie bis zur ordnungsgemäßen Umsetzung von Art. 4 Abs. 3 Vogelschutzrichtlinie zu verfahren ist. Anknüpfungspunkte für eine richtlinienkonforme Auslegung des deutschen Rechts sind nicht ersichtlich. Somit ist zu untersuchen, inwieweit eine objektive unmittelbare Wirkung von Art. 4 Abs. 3 Vogelschutzrichtlinie, der ausschließlich an die mitgliedstaatliche Behörden gerichtete Verpflichtungen enthält, in Betracht kommt. Die objektive unmittelbare Wirkung setzt voraus, dass Art. 4 Abs. 3 Vogelschutzrichtlinie Verpflichtungen für die nationalen Behörden begründet, hinreichend bestimmt und inhaltlich unbedingt ist. Art. 4 Abs. 3 Vogelschutzrichtlinie enthält eine klare, an die Mitgliedstaaten gerichtete Verpflichtung. Dem steht nicht entgegen, dass Art. 4 Abs. 3 Vogelschutzrichtlinie nicht näher darauf eingeht, welche Informationen „sachdienlich“ sind. Aus Art. 1 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie ergibt sich unmissverständlich, dass hiervon alle Informationen umfasst sind, die im weitesten Sinne der Erhaltung sämtlicher im räumlichen Anwendungsbereich der Vogelschutzrichtlinie heimischen wildlebenden Vogelarten dienen. Art. 4 Abs. 3 Vogelschutzrichtlinie ist damit hinreichend bestimmt. Da Art. 4 Abs. 3 Vogelschutzrichtlinie auch inhaltlich unbedingt ist, erfüllt diese Vorschrift die Voraussetzungen der objektiven unmittelbaren Wirkung.

2. Schutz und Erhaltung auszuweisender und ausgewiesener Schutzgebiete im deutschen Recht

a. Die Gewährleistung des allgemeinen Verschlechterungs- und Störungsverbots im deutschen Recht

Zur Umsetzung des allgemeinen Verschlechterungs- und Störungsverbotes i.S.v. Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie wurde die Vorschrift des § 33 Abs. 5 S. 1 BNatSchG erlassen. Satz 2 dieser Vorschrift enthält darüber hinaus Regelungen betreffend die Behandlung von Konzertierungsgebieten i.S.v. Art. 5 FFH-Richtlinie. Nach § 33 Abs. 5 S. 1 BNatSchG gilt das Verschlechterungs- und Störungsverbot ab dem Zeitpunkt der Bekanntmachung des Gebietes durch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit gem. § 10 Abs. 6 BNatSchG. Demgegenüber greift das Schutzregime des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie für zukünftige FFH-Gebiete gem. Art. 4 Abs. 5 FFH-Richtlinie ab dem Zeitpunkt ihrer Aufnahme in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung sowie für besondere Vogelschutzgebiete gem. Art. 7 FFH-Richtlinie ab Ausweisung des Schutzgebietes (für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der FFH-Richtlinie bereits ausgewiesene besondere Vogelschutzgebiete ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens). Aufgrund des Erfordernisses der vorherigen Bekanntgabe durch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit im deutschen Recht wird die Anwendbarkeit des allgemeinen Verschlechterungs- und Störungsverbots damit möglicherweise um unbestimmte Zeit verzögert. Insoweit stellt § 33 Abs. 5 BNatSchG keine ordnungsgemäße Richtlinienumsetzung dar.⁸⁸²

In Thüringen wurde § 33 Abs. 5 BNatSchG durch § 26 a Abs. 3 ThürNatSchG umgesetzt. Auch § 26 a Abs. 3 ThürNatSchG macht die Geltung des Verschlechterungs- und Störungsverbotes von der vorherigen Bekanntmachung des Gebietes durch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit abhängig und stellt somit keine ordnungsgemäße Umsetzung von Art. 6 Abs.2 FFH-Richtlinie dar.

Dagegen verbietet Art. 13 c Abs. 1 BayNatSchG alle Veränderungen oder Störungen, die Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung oder Europäische Vogelschutzgebiete in den für ihre Erhaltungsziele maßgeblichen Bestandteilen erheblich oder nachhaltig beeinträchtigen

⁸⁸² Gellermann, *Natura* 2000, 148 f.; a.A. Ewer, Rechtsschutz gegenüber der Auswahl und Festsetzung von FFH-Gebieten, *NuR* 2000, 361 (363)

können. Eine vorherige Bekanntmachung des Gebietes durch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit ist nach dieser Vorschrift nicht erforderlich, so dass sie den Anforderungen des Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie genügt.

b. Die Umsetzung von Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie

Die Umsetzung von Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie erfolgte im deutschen Recht vornehmlich durch die §§ 34 und 35 BNatSchG. Nach § 34 Abs. 1 BNatSchG sind „Projekte“ vor ihrer Zulassung oder Durchführung einer Prüfung auf Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines Gebiets von gemeinschaftlicher Bedeutung oder eines Europäischen Vogelschutzgebietes zu unterziehen. Nach § 10 Abs. 1 Nr. 5 BNatSchG sind Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung alle in die Liste nach Art. 4 Abs. 2 U. abs. 3 FFH-Richtlinie eingetragenen Gebiete, „auch wenn sie noch nicht zu Schutzgebieten im Sinne dieses Gesetzes erklärt worden sind“. Damit trägt § 10 Abs. 1 Nr. 5 BNatSchG in seiner durch das BNatSchGNeuRG geänderten Fassung nunmehr Art. 4 Abs. 5 FFH-Richtlinie Rechnung, wonach das Schutzregime des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie ab dem Zeitpunkt der Aufnahme eines Gebietes in diese Liste greift.

Der Begriff „Projekt“ ist in § 10 Abs. 1 Nr. 11 BNatSchG legaldefiniert und setzt u.a. voraus, dass die betreffenden Maßnahmen geeignet sind, ein *Natura 2000*-Gebiet erheblich zu beeinträchtigen. Nach § 10 Absatz 1 Nummer 11 b BNatSchG sind Projekte von der Prüfungspflicht ausgeschlossen, die in Eingriffen in Natur und Landschaft bestehen, bei denen es sich nicht um Veränderungen der Gestalt oder Nutzung von Grundflächen oder Veränderungen des mit der belebten Bodenschicht in Verbindung stehenden Grundwasserspiegels i.S.v. § 18 BNatSchG handelt. § 10 Absatz 1 Nummer 11 c BNatSchG schließt weiterhin Projekte von der Prüfungspflicht aus, die nicht nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftige Anlagen sowie nicht nach dem Wasserhaushaltsgesetz erlaubnis- oder bewilligungsbedürftige Gewässerbenutzungen betreffen. Bedenken an der Umsetzungstauglichkeit dieser Regelung bestehen insoweit, als dass nicht genehmigungsbedürftige immissionsschutzrechtliche oder Gewässernutzungen betreffende Anlagen, die sich außerhalb eines Schutzgebietes befinden und damit nicht unter die Eingriffsegelung des § 18 BNatSchG fallen, nicht vom Projektbegriff umfasst sind und

damit keiner Verträglichkeitsprüfung bedürfen, obwohl ihre Durchführung ein *Natura 2000*-Gebiet durchaus erheblich beeinträchtigen könnte.⁸⁸³

In seinem Urteil vom 6.1.2006⁸⁸⁴ entschied der Europäische Gerichtshof, die in § 10 Abs. 1 Nummer 11 b und c BNatSchG genannten Kriterien für den Ausschluss von der Prüfungspflicht könnten nicht gewährleisten, dass die Möglichkeit einer erheblichen Beeinträchtigung der Schutzgebiete durch die fraglichen Projekte systematisch ausgeschlossen ist. So garantiere die im Bundesimmissionsschutzgesetz vorgesehene Prüfungspflicht nicht, dass ein Projekt, das eine solche Anlage betrifft, das Schutzgebiet als solches nicht beeinträchtigt. Hinsichtlich der nach dem Wasserhaushaltsgesetz keiner Erlaubnis oder Bewilligung bedürftigen Gewässerbenutzungen könne aufgrund der Tatsache, dass es sich um Nutzungen geringer Wassermengen handelt, nicht ausgeschlossen werden, dass einige dieser Nutzungen möglicherweise ein Schutzgebiet oder benachbarte Schutzgebiete erheblich beeinträchtigen. Im Ergebnis stellte der Europäische Gerichtshof fest, dass die Bundesrepublik Deutschland bereits aufgrund des zu engen Projektbegriffes in § 10 Nr. 11 BNatSchG Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie nicht ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzt hat.⁸⁸⁵

Ergibt die Verträglichkeitsprüfung, dass das Projekt zu erheblichen Beeinträchtigungen eines *Natura 2000*-Gebietes in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen führen kann, ist es gem. § 34 Abs. 2 BNatSchG unzulässig. Unter Zugrundelegung der hier vertretenen Auffassung, wonach die Beeinträchtigung eines *Natura 2000*-Gebietes "als solches" i.S.v. Art. 6 Abs. 3 S. 2 FFH-Richtlinie nur dann anzunehmen ist, wenn das Gebiet in seinen charakteristischen, für den Schutzstatus ausschlaggebenden Merkmalen beeinträchtigt ist,⁸⁸⁶ bestehen keine Bedenken gegen die Richtlinienkonformität von § 34 Abs. 2 BNatSchG.

Im Falle einer negativen Verträglichkeitsprüfung kommt die Zulassung des Projekts nur noch ausnahmsweise unter den Voraussetzungen des § 34 Abs. 3 BNatSchG in Betracht, wenn es „aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art, notwendig ist“ und eine Alternativlösung⁸⁸⁷ nicht vorhanden

⁸⁸³ so auch Wirths, Defizite bei der Umsetzung der FFH-Verträglichkeitsprüfung im neuen BNatSchG und ihre Konsequenzen, NuR 2003, 150 (152 f.)

⁸⁸⁴ EuGH, Ur. v. 6.1.2006, Rs. C-98/03, Slg. 2006, I-0000

⁸⁸⁵ EuGH, Ur. v. 6.1.2006, a.a.O. (Rn. 39 ff.)

⁸⁸⁶ siehe hierzu unter B.II.3.

⁸⁸⁷ § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG spricht wörtlich von "zumutbaren Alternativen". Dies ist jedoch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht unbedenklich, da auch im Rahmen des Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie im Hinblick auf den in Art. 5 Abs. 3 EG normierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz solche Projektvarianten ausscheiden, deren Realisierung mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre (vgl. hierzu Gellermann, *Natura 2000*, 90 f. m.w.N.).

ist. Für prioritäre Gebiete enthält § 34 Abs. 4 BNatSchG eine dem Art. 6 Abs. 4 U.abs. 2 FFH-Richtlinie entsprechende Regelung mit der Besonderheit, dass die zuständige Behörde vor Berücksichtigung anderer als der in § 34 Abs. 4 BNatSchG genannten Gründe über das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit die Stellungnahme der Kommission einholen muss. Diese Regelung begegnet im Hinblick auf die hier vertretene Auffassung, wonach die Besonderheit von Art. 6 Abs. 4 U.abs. 2 FFH-Richtlinie allein darin besteht, dass vor der Berücksichtigung „anderer“ zwingender Gründe des öffentlichen Interesses eine Stellungnahme der Kommission eingeholt werden muss,⁸⁸⁸ keinen gemeinschaftsrechtlichen Bedenken. § 34 Abs. 5 BNatSchG bestimmt schließlich, dass im Falle der ausnahmsweisen Zulässigkeit eines Projektes trotz negativer Verträglichkeitsprüfung die zur Sicherung des Zusammenhangs des Europäischen Netzes *Natura 2000* notwendigen Maßnahmen zu ergreifen sind. In seiner Neufassung durch das BNatSchGNeuRG stellt § 34 Abs. 5 BNatSchG nunmehr ausdrücklich klar, dass die Verpflichtung zur Durchführung von Ausgleichsmaßnahmen nicht nur bei der Zulassung eines Projekts in einem prioritären Gebiet nach § 34 Abs. 4 BNatSchG besteht, sondern auch im Fall des § 34 Abs. 3 BNatSchG. Nach § 34 a BNatSchG ist eine Umweltverträglichkeitsprüfung nach § 34 Abs. 1 und 2 BNatSchG nunmehr auch im Fall der Freisetzung und Nutzung von gentechnisch veränderten Organismen in einem Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung oder in einem Vogelschutzgebiet durchzuführen, wenn diese geeignet sind, das Gebiet erheblich zu beeinträchtigen.

Gemäß § 35 FFH-Richtlinie sind die für Projekte geltenden Regelungen auf Pläne i.S.v. § 10 Abs. 1 Nr. 12 BNatSchG sowie auf bestimmte Linienbestimmungen anzuwenden. Ebenso wie der Projektbegriff setzt der Planbegriff voraus, dass die betreffenden Maßnahmen geeignet sind, ein *Natura 2000*-Gebiet erheblich zu beeinträchtigen. Für Raumordnungspläne nach § 3 Nr. 7 ROG, für Bauleitpläne und für Ergänzungssatzungen nach § 34 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 BauGB verweist § 35 S. 2 BNatSchG allein auf § 34 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2-5 BNatSchG, da für die betreffenden Pläne Spezialvorschriften existieren.

§ 37 Abs. 1 S. 1 BNatSchG nimmt Bauvorhaben im Sinne von § 29 BauGB in Gebieten mit Bebauungsplänen nach § 30 BauGB und während der Planaufstellung nach § 33 BauGB von der Verträglichkeitsprüfung aus. Dieser Vorschrift liegt die Erwägung des Gesetzgebers zugrunde, dass die Erhaltungsziele oder der Schutzzweck von *Natura 2000* nach § 1 a Abs. 4 BauGB bereits bei der im Zusammenhang mit der Aufstellung von Bebauungsplänen erforderlichen Abwägung nach § 1 Abs. 6 Nr. 7 b BauGB zwingend zu berücksichtigen sind,

⁸⁸⁸ siehe hierzu unter B.II.3.

so dass eine erneute Verträglichkeitsprüfung vor der Zulassung bzw. Durchführung des Vorhabens entbehrlich ist. § 1 a Abs. 4 BauGB verweist für den Fall, dass die Erhaltungsziele oder der Schutzzweck von *Natura 2000* erheblich beeinträchtigt werden können, auf die Bestimmungen des Bundesnaturschutzgesetzes betreffend die Verträglichkeitsprüfung. Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung regelt § 1 a Abs. 4 BauGB damit, unter welchen Voraussetzungen eine Verträglichkeitsprüfung stattzufinden hat⁸⁸⁹ und verweist nicht etwa für den Fall einer negativen Verträglichkeitsprüfung auf die Vorschriften über die ausnahmsweise Zulässigkeit solcher Planungen⁸⁹⁰. Dies ergibt sich bereits daraus, dass § 35 S. 2 BNatSchG nicht nur § 34 Abs. 3 und 4 BNatSchG für anwendbar erklärt, sondern auch die Vorschriften des § 34 Abs. 1 S. 2 BNatSchG und § 34 Abs. 2 BNatSchG, die den Prüfungsmaßstab für die Verträglichkeitsprüfung enthalten. Es wird zutreffend darauf hingewiesen, dass der Verweis auf die letztgenannten Vorschriften leer laufe, wenn § 1 a Abs. 4 BauGB die Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung gar nicht vorsehe.⁸⁹¹ Die Vorschrift des § 37 Abs. 1 S. 1 BNatSchG wird den Anforderungen der FFH-Richtlinie damit grundsätzlich gerecht. Wenn bereits auf der Planungsebene sichergestellt wurde, dass die Erhaltungsziele von *Natura 2000* gewahrt sind, ist auf der Ebene der Zulassung des konkreten Vorhabens keine erneute Prüfung erforderlich.

Problematisch ist der Ausschluss der Verträglichkeitsprüfung für Bauvorhaben gem. § 29 BauGB im Anwendungsbereich der §§ 30, 33 BauGB jedoch insoweit, als er auch Vorhaben im Geltungsbereich von solchen Bebauungsplänen von der Verträglichkeitsprüfung ausnimmt, bei deren Aufstellung den Anforderungen von Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie (noch) nicht Rechnung getragen wurde. Die Wirksamkeit der „alten“ Bebauungspläne, die bei ihrer Aufstellung noch nicht den Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie genügen mussten, wird durch die geänderte Rechtslage nicht beeinträchtigt.⁸⁹² Dies folgt aus dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes, der es verbietet, bereits abgeschlossene Planungen nachträglich in Frage zu stellen, wenn auf ihrer Grundlage schon vorteilhafte Rechtspositionen gewährt wurden, d.h. wenn die Vorhaben tatsächlich bereits realisiert oder zumindest genehmigt wurden.⁸⁹³

Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes soll sich allerdings aus Artikel 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie (nicht jedoch aus Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie) eine Verpflichtung zur

⁸⁸⁹ Koch, Europäisches Habitatschutzrecht und Rechte von Planungs- sowie Vorhabenträgern, 26 f.

⁸⁹⁰ so aber Gellermann, *Natura 2000*, 167 ff.

⁸⁹¹ Koch, a.a.O., 27

⁸⁹² so auch Koch, a.a.O., 41

⁸⁹³ siehe hierzu unter § 8 B.III.2.a.aa.(1)

nachträglichen Überprüfung bestandskräftiger Baugenehmigungen ergeben.⁸⁹⁴ Einer im Schrifttum vertretenen Ansicht zufolge ist eine Überprüfung bestandskräftiger Bebauungspläne im Hinblick auf die *Milchkontor*-Entscheidung⁸⁹⁵ des Europäischen Gerichtshofes nur in den Fällen des § 49 Abs. 2 Nr. 3 oder 5 VwVfG denkbar.⁸⁹⁶

Für neue Vorhaben existiert dagegen kein Vertrauensschutz dergestalt, dass diese ohne Rücksicht auf die durch die Beachtlichkeit des Europäischen Habitatschutzrechtes geänderte Rechtslage weiter durchführbar wären.⁸⁹⁷ Für diese Fälle bedarf die Vorschrift des § 37 Abs. 1 S. 1 BNatSchG einer teleologischen Reduktion, so dass sie nur dann anzuwenden ist, wenn die konkreten Auswirkungen des betreffenden Vorhabens bereits auf der abstrakten Planungsebene gewürdigt wurden.⁸⁹⁸ Andernfalls ist vor der Zulassung bzw. Durchführung eines neuen Vorhabens unter Anwendung von § 34 BNatSchG eine Verträglichkeitsprüfung durchzuführen.⁸⁹⁹

Nach § 36 BNatSchG greift die Pflicht zur Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung i.S.v. § 34 BNatSchG für nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftige Anlagen nur dann, wenn die Beeinträchtigungen nicht nach § 19 Abs. 2 BNatSchG ausgeglichen werden können. Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie sehen jedoch eine derartige tatbestandliche Einschränkung nicht vor. Die Möglichkeit zur Vornahme von Ausgleichsmaßnahmen ist dort allein im Zusammenhang mit der Frage von Bedeutung, ob ein Vorhaben trotz einer negativen Verträglichkeitsprüfung unter den Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie ausnahmsweise gleichwohl zugelassen werden kann, d.h. auf der Rechtsfolgende. Im Übrigen unterscheidet sich § 19 Abs. 2 BNatSchG auch in struktureller Hinsicht erheblich von Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie.⁹⁰⁰ Folglich genügt § 36 BNatSchG den Anforderungen von Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie nicht.

Darüber hinaus ist nach § 36 BNatSchG die Genehmigung emittierender Anlagen nur dann ausgeschlossen, wenn die Emissionen geeignet erscheinen, ein Schutzgebiet im Einwirkungsbereich dieser Anlagen besonders zu beeinträchtigen. Da dies zur Folge hat, dass Anlagen, deren Emissionen ein Schutzgebiet außerhalb eines solchen Bereiches treffen, genehmigt werden, ohne dass die Auswirkungen dieser Emissionen auf das betreffende

⁸⁹⁴ EuGH, Urt. v. 20.10.2005, Rs. C-6/04 (Rn. 58)

⁸⁹⁵ EuGH, Urt. v. 21.9.1983, Verb. Rs. 205 - 215/82, Slg. 1983, I-2633 (Rn. 32)

⁸⁹⁶ Baum, Der Gebiets- und der Artenschutz der FFH-Richtlinie, NuR 2006, 145 (149 f.)

⁸⁹⁷ Koch, a.a.O., 49 ff.

⁸⁹⁸ Gellermann, Natura 2000, 180 f.

⁸⁹⁹ Um die mit der Frage, wann eine teleologische Reduktion von § 37 Abs. 1 S. 1 BNatSchG im Einzelfall erforderlich ist, verbundenen Schwierigkeiten praktischer Art zu vermeiden, empfiehlt sich daher gleichwohl eine Anpassung der "alten" Bauleitpläne an die Vorgaben der FFH-Richtlinie.

⁹⁰⁰ So auch Wirths, a.a.O. (153)

Gebiet berücksichtigt würden, entschied der Europäische Gerichtshof, dass Artikel 6 Absatz 3 FFH-Richtlinie durch § 36 BNatSchG nicht ordnungsgemäß umgesetzt wurde.⁹⁰¹

Eine weitere Sonderregelung findet sich in § 6 Abs. 2 des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG). Die Umsetzung im Wasserhaushaltsgesetz sieht sich insoweit Beanstandungen ausgesetzt, als die erlaubnisfreien Benutzungen des Gemeingebrauchs nach § 23 WHG sowie des Eigentümer- und Anliegergebrauchs nach § 24 WHG von der Regelung des § 6 Abs. 2 WHG nicht erfasst sind, so dass eine Berücksichtigung der Erhaltungsziele von *Natura 2000* für diese nicht verbindlich angeordnet wird.⁹⁰² Darüber hinaus besteht nach § 6 Abs. 2 WHG die Pflicht zur Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung ebenfalls nur dann, wenn die Beeinträchtigungen nicht nach § 19 Abs. 2 BNatSchG ausgeglichen werden können. Nach den obigen Ausführungen ist § 6 Abs. 2 WHG damit nicht als richtlinienkonforme Umsetzungsmaßnahme anzusehen.

In Thüringen wurde § 34 BNatSchG im Wesentlichen inhaltsgleich durch § 26 b Abs. 1 bis 6 ThürNatG umgesetzt. Da das Thüringer Naturschutzgesetz keine eigene Definition des Begriffs „Projekt“ enthält, ist für das thüringer Landesrecht auf die Definition in § 10 Abs. 1 Nr. 11 BNatSchG zurück zu greifen. Für Pläne hat der thüringer Landesgesetzgeber in § 26 b Abs. 7 ThürNatG ausdrücklich auf die Definition in § 10 Abs. 1 Nr. 12 BNatSchG Bezug genommen und im Übrigen die Absätze 1 bis 6 auch für Pläne entsprechend anwendbar erklärt. § 26 b Abs. 7 ThürNatG entspricht somit der Vorschrift des § 35 BNatSchG. Im Ergebnis erfolgte die Umsetzung der Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie in Thüringen nach Maßgabe des Bundesnaturschutzgesetzes. In Bayern wurde § 34 BNatSchG durch Art. 13 c Abs. 2 BayNatSchG und Art. 49 a Abs. 1 und 2 BayNatSchG umgesetzt. § 35 BayNatSchG wurde durch Art. 13 c Abs. 3 BayNatSchG und Art. 49 a Abs. 3 BayNatSchG, der auf Art. 49 a Abs. 1 und 2 BayNatSchG verweist, umgesetzt. Auch die bayrischen Umsetzungsvorschriften entsprechen somit den Bestimmungen des Bundesnaturschutzgesetzes. Hinsichtlich der Begriffsdefinitionen nimmt Art. 2c BayNatSchG ausdrücklich auf die Begriffsbestimmungen des § 10 Abs. 1 bis 5 BNatSchG Bezug, so dass auch im bayrischen Landesrecht auf die Definition des „Projekts“ in § 10 Abs. 1 Nr. 11 BNatSchG und des „Plans“ in § 10 Abs. 1 Nr. 12 BNatSchG zurück zu greifen ist.

⁹⁰¹ EuGH, Urt. v. 6.1.2006, a.a.O. (Rn. 49 ff.)

⁹⁰² vgl. Wirths, a.a.O. (153)

Im Ergebnis genügt somit weder die Rechtslage in Thüringen noch die Umsetzung in Bayern den Anforderungen von Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie, da in beiden Bundesländern lediglich die Vorschriften des Bundesnaturschutzgesetzes in Landesrecht gefasst wurden. Diese stellen jedoch in mehreren Punkten – insoweit wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen – keine ordnungsgemäße Umsetzung von Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie dar.

c. Die unmittelbare Wirkung von Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie

Aufgrund der obigen Umsetzungsmängel stellt sich die Frage, inwieweit die Vorschrift des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie, die an die Mitgliedstaaten gerichtete Verpflichtungen beinhaltet, objektive unmittelbare Wirkung entfaltet.

Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie enthält die hinreichend bestimmte und unbedingte Verpflichtung der Mitgliedstaaten, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um eine Verschlechterung der *Natura 2000*-Gebiete sowie „erhebliche“ Störungen der in diesen Gebieten befindlichen Arten zu vermeiden. Dass es sich bei dem Begriff der „Erheblichkeit“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, steht der unmittelbaren Wirkung nicht entgegen.⁹⁰³

Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie regelt präzise und ohne dass weitere Effektivierungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten erforderlich wären unter welchen Voraussetzungen die mitgliedstaatlichen Behörden für Pläne und Projekte eine Verträglichkeitsprüfung durchführen müssen, und dass das Vorhaben im Falle einer negativen Verträglichkeitsprüfung grundsätzlich unzulässig ist. Der Ausnahmetatbestand des Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie regelt in hinreichend bestimmter und inhaltlich unbedingter Weise, unter welchen Voraussetzungen Pläne und Projekte trotz einer negativen Verträglichkeitsprüfung gleichwohl zugelassen bzw. durchgeführt werden dürfen. Damit erfüllt Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie in normstruktureller Hinsicht die Voraussetzungen der objektiven unmittelbaren Wirkung.⁹⁰⁴

⁹⁰³ so auch Ruffert in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV, Art. 249 (Rn. 76)

⁹⁰⁴ so auch Gellermann, *Natura 2000*, 201 f. m.w.N.; a.A. Mecklenburg, a.a.O. (128), der eine unmittelbare Wirkung nur für Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie annimmt. Hingegen sei Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie nicht unbedingt, da die Mitgliedstaaten vor der Anwendung dieser Vorschrift erst noch die auf das Gebiet bezogenen "Erhaltungsziele" festlegen müssten.

II. Verwaltungsvollzug

Neben der Umsetzung der Vogelschutz- und der FFH-Richtlinie bildet der Verwaltungsvollzug den zweiten wichtigen Bestandteil des aus diesen Richtlinien resultierenden Verpflichtungsprogramms. Der Verwaltungsvollzug der Vogelschutzrichtlinie beinhaltet die Erklärung der geeignetsten Gebiete zu besonderen Vogelschutzgebieten. Im Rahmen der FFH-Richtlinie besteht der Verwaltungsvollzug in der Übermittlung der nationalen Gebietslisten nach Art. 4 Abs. 1 FFH-Richtlinie sowie – nach Erstellung der Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung durch die Kommission – in der Erklärung der betreffenden Gebiete zu FFH-Gebieten. Da der Verwaltungsvollzug im Bereich des Naturschutzrechts den Ländern obliegt, sind die Verwaltungen der Bundesländer die Adressaten der diesbezüglichen Vollzugsverpflichtungen.

1. Die Ausweisung besonderer Vogelschutzgebiete

a. Der Vollzugsstand in Deutschland

Deutschland hat bislang 539 Vogelschutzgebiete gemeldet. Dies entspricht einem Meldeumfang von 8,4 % bezogen auf die Landfläche. Dazu kommen 1.159.470 ha Bodensee, Meeres-, Bodden- und Wattflächen sowie 514.499 ha in der Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) Deutschlands. In Thüringen wurden elf Vogelschutzgebiete mit einer Gesamtfläche von 45.025 ha ausgewiesen. Dies entspricht einem Anteil von 6,4 % der Landesfläche. In Bayern wurden 83 Vogelschutzgebiete mit einer Gesamtfläche von 545.179 ha ausgewiesen, was einem Anteil von 7,7 % der Landesfläche entspricht. Zahlreiche Bundesländer haben für das Jahr 2006 weitere Meldungen von Vogelschutzgebieten in erheblichem Umfang angekündigt.⁹⁰⁵ Es ist somit davon auszugehen, dass noch nicht alle auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland befindlichen geeignetsten Gebiete i.S.v. Art. 4 Abs. 1 U.abs. 4 Vogelschutzrichtlinie als Schutzgebiete ausgewiesen worden sind.

⁹⁰⁵ Quelle: Bundesamt für Naturschutz, Abteilung Biotopschutz und Landschaftsökologie, FG I 2.2; Stand: 25.1.2006

b. Faktische Vogelschutzgebiete als Folge von Versäumnissen bei der Gebietsausweisung

Unabhängig vom konkreten Umsetzungsstand in Deutschland stellt sich allgemein die Frage, welche Folgen es hat, wenn ein Mitgliedstaat ein Gebiet entgegen Art. 4 Abs. 1 U.abs. 4 Vogelschutzrichtlinie nicht zu einem besonderen Vogelschutzgebiet erklärt, obwohl die Gebietsausweisung unter Zugrundelegung ornithologischer Kriterien zwingend erforderlich ist und ihr auch keine übergeordneten Interessen entgegenstehen.⁹⁰⁶

Ornithologisch bedeutsame Gebiete, die nach ihrer Ausweisung eigentlich dem Schutzregime des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie unterliegen würden, könnten so aufgrund der richtlinienwidrigen Nichtausweisung als besonderes Vogelschutzgebiet ernsthaft in ihrem Bestand gefährdet wären. Belastende Maßnahmen könnten selbst dann, wenn sie die Schutzgebietsqualität eines Gebietes erheblich beeinträchtigen, durchgeführt werden, ohne dass eine Prüfung am Maßstab der Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie erfolgte.

Dieser drohenden Entwicklung stellte sich der EuGH erstmals in seinem Urteil in der Rechtssache *Santoña*⁹⁰⁷ entgegen. Darin bekräftigte der Europäische Gerichtshof zunächst den imperativen Charakter der sich aus Art. 4 Vogelschutzrichtlinie ergebenden Verpflichtungen. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes ist Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie auch dann anwendbar, wenn die Mitgliedstaaten ihre Verpflichtungen gem. Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 Vogelschutzrichtlinie zur Ausweisung von erklärten bzw. anerkannten Vogelschutzgebieten noch nicht erfüllt haben.⁹⁰⁸ Damit erklärt der Europäische Gerichtshof diese Bestimmung in Bezug auf Gebiete für unmittelbar anwendbar, die die Voraussetzungen für eine Unterschutzstellung gem. Art. 4 Abs. 1 oder Abs. 2 der Vogelschutzrichtlinie erfüllen und die aufgrund ihrer ornithologischen Bedeutsamkeit auch unter Berücksichtigung des mitgliedstaatlichen Ermessensspielraums zwingend auszuweisen sind („faktische Vogelschutzgebiete“). Die Verpflichtung nach Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie beinhaltet, dass die Mitgliedstaaten „geeignete Maßnahmen“ treffen, um die Verschmutzung oder Beeinträchtigung der Lebensräume sowie die Zielsetzung der Richtlinie erheblich beeinträchtigende Belästigungen der Vögel in den nach Art. 4 Abs. 1 Vogelschutzrichtlinie erklärten und den nach Art. 4 Abs. 2 Vogelschutzrichtlinie anerkannten Schutzgebieten zu vermeiden. Ausnahmen von der Verpflichtung des Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie kommen nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes nur in Betracht, wenn andere Interessen die Verwirklichung einer Maßnahme erforderlich machen

⁹⁰⁶ siehe hierzu unter A.I.

⁹⁰⁷ EuGH, Urt. v. 2.8.1993, Rs. C 355/90 (Kommission / Spanien), NuR 1994, 521

⁹⁰⁸ EuGH, Urt. v. 2.8.1993, a.a.O. (522)

und diese dem ökologischen Ziel der Richtlinie übergeordnet sind. Interessen von wirtschaftlicher oder sozialer Natur sollen dagegen keine Ausnahme von den in Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie festgelegten Schutzerfordernissen rechtfertigen können.⁹⁰⁹

In der Rechtssache *Santoña* war die Anwendbarkeit von Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie unzweifelhaft, da die Frist zur Umsetzung der FFH-Richtlinie im Zeitpunkt des am 2.8.1993 verkündeten Urteils noch nicht abgelaufen war. Nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die FFH-Richtlinie am 5.6.1994 stellte sich jedoch das Problem, dass nach Art. 7 FFH-Richtlinie für erklärte und anerkannte Vogelschutzgebiete ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der FFH-Richtlinie bzw. ab dem Zeitpunkt der Gebietsausweisung die Verpflichtungen nach Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie an die Stelle der Verpflichtung aus Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie treten. Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung⁹¹⁰ kommt der Bestimmung des Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie seit Inkrafttreten der FFH-Richtlinie auch für faktische Vogelschutzgebiete keinerlei Bedeutung mehr zu. Nach dieser Auffassung gelangte man andernfalls zu dem sachwidrigen Ergebnis, dass faktische Vogelschutzgebiete dem im Vergleich zu Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie strengeren Schutzregime des Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie unterlägen.⁹¹¹ Demgegenüber vertrat der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *Brasses Corbières*⁹¹² unter Hinweis auf den eindeutigen Wortlaut von Art. 7 FFH-Richtlinie die Auffassung, dass nur die zu besonderen Vogelschutzgebieten erklärten Gebiete unter die Regelung des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie fallen, während faktische Vogelschutzgebiete weiterhin der Regelung des Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie unterliegen. Da ein Mitgliedstaat aus der Missachtung seiner gemeinschaftsrechtlichen Pflichten keinen Vorteil ziehen können solle, erschiene es auch nicht ungerechtfertigt, dass faktische Vogelschutzgebiete der gegenüber Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie strengeren Bestimmung des Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie unterliegen.⁹¹³ Dieselbe Auffassung wird auch im Schrifttum⁹¹⁴ vertreten, wobei zur Begründung ebenfalls auf den Wortlaut des Art. 7 FFH-Richtlinie verwiesen wird. Im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut von Art. 7 FFH-Richtlinie ist der letztgenannten Auffassung zu folgen. Somit unterliegen faktische Vogelschutzgebiete bis zu ihrer Ausweisung dem gegenüber Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie strengeren Schutzregime

⁹⁰⁹ EuGH, Urt. v. 2.8.1993, a.a.O. (522)

⁹¹⁰ Koch, Europäisches Habitatschutzrecht und Rechte von Planungs- sowie Vorhabenträgern, Fn. 183

⁹¹¹ Koch, a.a.O.

⁹¹² EuGH, Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-374/98, DVBl. 2001, 359

⁹¹³ EuGH, Urt. v. 7.12.2000, Rs. C-374/98, a.a.O. (360)

⁹¹⁴ Gellermann, Natura 2000, 114 f.; Halama, Die FFH-Richtlinie – unmittelbare Auswirkungen auf das Planungs- und Zulässigkeitsrecht, NVwZ 2001, 506 (513)

des Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie. Diese Vorschrift erfüllt die Voraussetzungen der objektiven unmittelbaren Wirkung.

Auch das Bundesverwaltungsgericht hat sich der Auffassung des Europäischen Gerichtshofes angeschlossen. So hat es in mehreren Entscheidungen über die Rechtmäßigkeit von fernstraßenrechtlichen Planfeststellungsbeschlüssen festgestellt, dass auch ein nicht nach Art. 4 Abs. 1 oder 2 Vogelschutzrichtlinie erklärtes oder anerkanntes Gebiet dem Rechtsregime des Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie unterliegt, sofern es als faktisches Vogelschutzgebiet im Sinne der EuGH-Rechtsprechung zu qualifizieren ist.⁹¹⁵ In einem Urteil⁹¹⁶ über die Klage eines anerkannten Naturschutzverbandes gegen den Planfeststellungsbeschluss betreffend den ersten Abschnitt der A 20 – der sogenannten "Ostsee-Autobahn" im Raum Lübeck – stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Vogelschutz-Richtlinie als ein "mögliches rechtliches Hindernis der Planverwirklichung" zu beachten sei. Aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs stehe fest, dass die Vogelschutzrichtlinie gegenüber staatlichen Behörden auch ohne Umsetzung in nationales Recht unmittelbar rechtliche Verpflichtungen begründe. Folgerichtig prüfte das Bundesverwaltungsgericht die Rechtmäßigkeit des streitgegenständlichen Planfeststellungsbeschlusses am Maßstab des Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie.⁹¹⁷ In einem anderen Urteil betreffend den folgenden Streckenabschnitt der A 20⁹¹⁸ lehnte das Bundesverwaltungsgericht eine Heranziehung von Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie als Maßstab für die Rechtmäßigkeit des Planfeststellungsbeschlusses nur deshalb ab, weil das betreffende Gebiet nach seiner Auffassung nicht die Merkmale eines faktischen Vogelschutzgebietes aufwies.⁹¹⁹ In einem weiteren Urteil betreffend die Rechtmäßigkeit eines Planfeststellungsbeschlusses über den Ausbau und die Verlegung der Bundesstraße 173⁹²⁰ stellte das Bundesverwaltungsgericht nochmals ausdrücklich fest, dass es sich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes über die faktischen Vogelschutzgebiete angeschlossen habe. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts setzt die Vogelschutzrichtlinie der straßenrechtlichen Fachplanung insoweit Schranken, die im Wege der fachplanerischen Abwägung nicht überwunden werden können.⁹²¹ Das

⁹¹⁵ BVerwG, Urt. v. 19.5.1998, Az.: 4 A 9.97, BVerwGE 107, 1 (18 ff.); BVerwG, Urt. v. 31.1.2002, Az.: 4 A 15/01, NVwZ 2002, 1103 (1105 f.); BVerwG, Urt. v. 14.11.2002, Az.: 4 A 15/02, NVwZ 2003, 485 (486 f.)

⁹¹⁶ BVerwG, Urt. v. 19.5.1998, Az.: 4 A 9.97, BVerwGE 107, 1

⁹¹⁷ BVerwG, Urt. v. 19.5.1998, Az.: 4 A 9.97, a.a.O. (18 ff.)

⁹¹⁸ BVerwG, Urt. v. 31.1.2002, Az.: 4 A 15/01, NVwZ 2002, 1103

⁹¹⁹ BVerwG, Urt. v. 31.1.2002, Az.: 4 A 15/01, a.a.O. (1105)

⁹²⁰ BVerwG, Urt. v. 14.11.2002, Az.: 4 A 15/02, NVwZ 2002, 485

⁹²¹ BVerwG, Urt. v. 14.11.2002, Az.: 4 A 15/02, a.a.O. (486 f.)

Bundesverwaltungsgericht hat der Bestimmung des Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie damit in Planfeststellungsverfahren den Rang objektiv geltenden Rechtes zuerkannt.

2. Die Meldung von nationalen Gebieten nach Art. 4 FFH-Richtlinie

a. Ablauf der in Art. 4 FFH-Richtlinie genannten Fristen

Art. 4 Abs. 1 U. abs. 2 FFH-Richtlinie sieht vor, dass die Mitgliedstaaten innerhalb von drei Jahren nach Bekanntgabe der Richtlinie der Kommission ihre Gebietslisten gemeinsam mit Informationen über diese Gebiete zuleiten. Für die Bundesrepublik Deutschland ist diese Frist am 5.6.1995 abgelaufen. Am 11.09.2001 stellte der Europäische Gerichtshof einen Verstoß der Bundesrepublik Deutschland gegen die FFH-Richtlinie fest, da diese der Verpflichtung zur Übersendung ihrer nationalen Gebietsliste immer noch nicht vollständig nachgekommen war.⁹²²

Deutschland hat bislang 4.614 FFH-Gebiete in Brüssel vorgelegt, die sich auf drei biogeografische Regionen (alpin, atlantisch, kontinental) verteilen. Dies entspricht einem Meldeanteil von 9,3 % bezogen auf die Landfläche. Dazu kommen 2.011.192 ha Bodensee, Meeres-, Bodden- und Wattflächen sowie 945.296 ha in der Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) Deutschlands. Thüringen hat 247 Gebiete mit einer Gesamtfläche von 161.427 ha gemeldet. Dies entspricht einem Anteil von 10,0 % der Landesfläche. Bayern hat 674 Gebiete mit einer Gesamtfläche von 645.420 ha gemeldet, was einem Anteil von 9,2 % der Landesfläche entspricht.⁹²³

Art. 4 Abs. 3 FFH-Richtlinie sieht vor, dass die Kommission innerhalb von sechs Jahren nach Bekanntgabe der Richtlinie, d.h. am 5.6.1998, auf der Grundlage der nationalen Gebietslisten eine Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung erstellt. Aufgrund der Versäumnisse zahlreicher Mitgliedstaaten hat die Kommission bislang nur für fünf der sechs biogeographischen Regionen i.S.d. Art. 1 c) iii) FFH-Richtlinie Listen der Gebiete von

⁹²² EuGH, Urt. v. 11.9.2001, Rs. C-71/99, Slg. 2001, I-5811

⁹²³ Quelle: Bundesamt für Naturschutz, Abteilung Biotopschutz und Landschaftsökologie, FG I 2.2; Stand: 17.2.2006

gemeinschaftlicher Bedeutung erstellt. Listen wurden für die alpine⁹²⁴, atlantische⁹²⁵, kontinentale⁹²⁶, makaronesische⁹²⁷ und boreale⁹²⁸ Region erstellt. Eine Liste für die mediterrane Region steht noch aus.

Die bereits erstellten Gebietslisten spiegeln für Deutschland in etwa den Meldestand von 2002 wieder und können daher noch nicht als abgeschlossen gelten. In einem Anhang II zur jeweiligen Entscheidung werden die Lebensraumtypen und Arten aufgeführt, für die die Kommission nicht abschließend feststellen konnte, ob das Netz Natura 2000 vollständig ist. Hierzu zählen auch Lebensraumtypen und Arten mit Vorkommen in Deutschland. Eine Aktualisierung der Gemeinschaftslisten wird nach Abschluss der europaweiten Gebietsmeldungen durch die EU-Kommission in 2006 erfolgen. Hier werden die deutschen Nachmeldungen aus 2004 und 2005 Berücksichtigung finden.⁹²⁹

b. Die rechtliche Möglichkeit potentieller FFH-Gebiete

Nach Art. 4 Abs. 5 FFH-Richtlinie unterliegt ein Gebiet den Bestimmungen des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie, sobald es in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufgenommen worden ist. Da die bereits erstellten Listen der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung noch nicht vollständig sind und für die mediterrane Region noch keine Liste vorliegt, entfalten die Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie dem Wortlaut der FFH-Richtlinie zufolge noch keine Wirkung für sämtliche Gebiete, die die Voraussetzungen der Ausweisung erfüllen. Damit besteht die Gefahr, dass Gebiete, die unter Zugrundelegung der in Anhang III (Phase 2) festgelegten Kriterien als Gebiete von gemeinschaftlicher

⁹²⁴ Entscheidung der Kommission vom 22. Dezember 2003 zur Verabschiedung der Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung für die alpine biogeografische Region gemäß der Richtlinie 92/43/EWG des Rates, ABl. L 14 v. 21.1.2004

⁹²⁵ Entscheidung 2004/813/EG der Kommission vom 7. Dezember 2004 gemäß der Richtlinie 92/43/EWG des Rates zur Verabschiedung der Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der atlantischen biogeografischen Region, ABl. L 387 v. 29.12.2004

⁹²⁶ Entscheidung der Kommission vom 7. Dezember 2004 gemäß der Richtlinie 92/43/EWG des Rates zur Verabschiedung der Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der kontinentalen biogeografischen Region, ABl. L 382 v. 28.12.2004

⁹²⁷ Entscheidung der Kommission vom 28. Dezember 2001 zur Verabschiedung der Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung in der biogeografischen Region Makaronesien gemäß der Richtlinie 92/43/EWG des Rates, ABl. L 5 v. 9.1.2002

⁹²⁸ Entscheidung 2005/101/EG der Kommission vom 13. Januar 2005 gemäß der Richtlinie 92/43/EWG des Rates zur Verabschiedung der Liste von Gebieten von gemeinschaftlicher Bedeutung in der borealen biogeografischen Region, ABl. L 40 v. 11.2.2005

⁹²⁹ Quelle: Bundesamt für Naturschutz, Abteilung Biotopschutz und Landschaftsökologie, FG I 2.2; Stand: 17.2.2006

Bedeutung in Betracht kommen, in ihrer Qualität erheblich beeinträchtigt werden, bevor sie den Schutz der Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie genießen.

Insoweit ist die Situation mit der richtlinienwidrigen Nichtausweisung besonderer Vogelschutzgebiete vergleichbar, so dass es nahe liegt, FFH-Gebiete unter bestimmten Voraussetzungen in Anlehnung an die vom Europäischen Gerichtshof entwickelte Rechtsfigur des faktischen Vogelschutzgebietes bereits vor ihrer Ausweisung als „potentielle FFH-Gebiete“ den habitatschutzrechtlichen Bestimmungen zu unterstellen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass für die Ausweisung von besonderen Vogelschutzgebieten kein besonderes Verfahren existiert, wogegen die Ausweisung von FFH-Gebieten sich nach dem komplexen Verfahren der Art. 4 und 5 FFH-Richtlinie richtet. Damit verbietet sich eine unkritische Anwendung der vom Europäischen Gerichtshof zu faktischen Vogelschutzgebieten entwickelten Grundsätze auf mögliche FFH-Gebiete. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bereits in mehreren Entscheidungen mit der rechtlichen Möglichkeit potentieller FFH-Gebiete auseinandergesetzt. Auch im Schrifttum wurde die Frage der rechtlichen Möglichkeit potentieller FFH-Gebiete umfassend erörtert. In der Rechtssache *Dragaggi*⁹³⁰ hat nunmehr auch der Europäische Gerichtshof zu der Problematik Stellung bezogen.

aa. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Die Frage der rechtlichen Möglichkeit potentieller FFH-Gebiete wurde vom Bundesverwaltungsgericht in einer Reihe von Entscheidungen, die allesamt die Rechtmäßigkeit von Planfeststellungsbeschlüssen über den Ausbau von Bundesfernstraßen zum Gegenstand hatten, eingehend erörtert.

Erstmals nahm das Bundesverwaltungsgericht in dem Verfahren über die Klage eines anerkannten Naturschutzverbandes gegen den Planfeststellungsbeschluss betreffend den ersten Abschnitt der A 20 zu der Problematik der potentiellen FFH-Gebiete Stellung. Im Rahmen der Entscheidung über den Antrag des anerkannten Naturschutzverbandes auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage nach § 80 Abs. 5 VwGO⁹³¹ stellte das Bundesverwaltungsgericht zunächst fest, dass die Bundesrepublik Deutschland die FFH-Richtlinie in vertragswidriger Weise nicht in nationales Recht umgesetzt und die Meldung der geeigneten Gebiete nach Art. 4 Abs. 1 U.abs. 1 FFH-Richtlinie unterlassen hat. Dies führe

⁹³⁰ EuGH, Urt. v. 13.1.2005, Rs. C-117/03, NuR 2005, 242

⁹³¹ BVerwG, Beschl. v. 21.1.1998, Az.: 4 VR 3/97 (4 A 9/97), NVwZ 1998, 616

dazu, dass die Zielsetzung der FFH-Richtlinie gefährdet oder sogar teilweise unerfüllbar würde, da Gebiete, die als FFH-Gebiete in Betracht kämen, einstweilen ohne den spezifischen Schutz des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie seien. Diese gewichtigen Folgen legten nach der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes die Frage nahe, ob in Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu faktischen Vogelschutzgebieten auch im Rahmen der FFH-Richtlinie die Möglichkeit eines potentiellen FFH-Gebietes denkbar ist, wenn ein Mitgliedstaat seinen Verpflichtungen nach Art. 4 Abs. 1 U.abs. 2 FFH-Richtlinie nicht nachgekommen ist und ein Gebiet sowohl die sachlichen Kriterien nach Art. 4 Abs. 1 FFH-Richtlinie erfüllt als auch für die Entwicklung des kohärenten europäischen ökologischen Gebietsnetzes bestimmend sein kann. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts lag es nahe, die Möglichkeit eines potentiellen FFH-Gebietes zu bejahen und die Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie für geboten anzusehen.⁹³²

In seiner Entscheidung⁹³³ im anschließenden Hauptsachverfahren sah sich das Bundesverwaltungsgericht zwar nicht in der Lage, ein kohärentes europäisches ökologisches System im Sinne des Art. 3 Abs. 1 U.abs. 1 FFH-RL für das Gebiet des beklagten Landes nach festen Kriterien zu bestimmen. Dies schließt es nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes jedoch nicht aus, dass im Einzelfall ein derartiges Schutzgebiet dann anzunehmen ist, wenn für ein Gebiet die sachlichen Kriterien nach Art. 4 Abs. 1 FFH-Richtlinie erfüllt sind, die Aufnahme in ein kohärentes ökologisches Netz im Zusammenhang mit anderen, bereits unter förmlichen Schutz gestellten Gebieten nahe liegt oder sich geradezu aufdrängt und der Mitgliedstaat weder die Richtlinie umgesetzt noch der Kommission eine Liste nach Art. 4 Abs. 1 U.Abs. 2 FFH-RL zugeleitet hat. Die bisherige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes lege durchaus die Annahme nahe, dass auch für Schutzgebiete nach der FFH-Richtlinie von der Möglichkeit eines materiellen Schutzstatus auszugehen sei. Im Ergebnis neigte das Bundesverwaltungsgericht dazu, von der rechtlichen Möglichkeit eines potentiellen Schutzgebietes im Sinne von Art. 4 Abs. 1 FFH-RL auszugehen.⁹³⁴ Es ließ diese Frage aber letztlich offen, da das Gericht selbst bei Annahme eines potentiellen FFH-Gebietes und damit der Anwendbarkeit der Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie keine Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des Planfeststellungsbeschlusses hatte.⁹³⁵

⁹³² BVerwG, Beschl. v. 21.1.1998, a.a.O. (622)

⁹³³ BVerwG, Urt. v. 19.5.1998, Az.: 4 A 9.97, BVerwGE 107, 1

⁹³⁴ BVerwG, Urt. v. 19.5.1998, a.a.O. (21 f.)

⁹³⁵ BVerwG, Urt. v. 19.5.1998, a.a.O. (25 ff.)

Aus der Verpflichtung jedes Mitgliedstaates, die Ziele einer Richtlinie vor Ablauf der Umsetzungsfrist nicht zu unterlaufen und durch eigenes Verhalten keine gleichsam vollendeten Tatsachen zu schaffen, die ihm später die Erfüllung der ihm aus der Beachtung der Richtlinie gemäß Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 249 Abs. 3 EG erwachsenen Vertragspflichten nicht mehr möglich macht, leitete das Bundesverwaltungsgericht jedoch unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache *Inter-Environnement*⁹³⁶ eine „Stillhaltepflicht“ der Mitgliedstaaten ab. Eine derartige Stillhalteverpflichtung, wonach schutzwürdige Gebiete weder zerstört noch anderweitig beeinträchtigt werden dürfen, besteht nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts insbesondere dann, wenn ein Mitgliedstaat eine Richtlinie in vertragswidriger Weise nicht fristgerecht in nationales Recht umgesetzt hat.⁹³⁷

In einer späteren Entscheidung über die Rechtmäßigkeit eines Planfeststellungsbeschlusses betreffend einen Abschnitt der B1 im Raum Hildesheim⁹³⁸ vertrat das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung, dass die FFH-Richtlinie bereits vor ihrer vollständigen Umsetzung bestimmte Vorwirkungen für die Planfeststellung entfaltet. Bereits vor dem 5.6.1998 – dem Datum des Ablaufs der für die Erstellung der Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung in Art. 4 Abs. 3 FFH-Richtlinie festgelegten Frist – habe daher im Verfahren der Planfeststellung ermittelt werden müssen, ob für ein Straßenbauvorhaben auf Flächen zurückgegriffen wird, denen unter FFH-Gesichtspunkten rechtliche Relevanz beizumessen ist. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes ist ein Gebiet i.S.d. Art. 1 Buchst. j FFH-RL, das die sachlichen Kriterien des Art. 4 Abs. 1 FFH-RL erfüllt und dessen Meldung für die Aufnahme in ein kohärentes Netz mit anderen Gebieten sich aufdrängt, als potentiell FFH-Gebiet einzustufen, „in dem ein Infrastrukturprojekt nur unter den in Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL bezeichneten Voraussetzungen *unbedenklich* ist“.⁹³⁹ Durch seine vorsichtige Wortwahl vermied das Bundesverwaltungsgericht auch in dieser Entscheidung eine eindeutige Stellungnahme zu der rechtlichen Möglichkeit potentieller FFH-Gebiete, prüfte den Planfeststellungsbeschluss aber gleichwohl am Maßstab der Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie, um jegliche Zweifel an seiner Rechtmäßigkeit ausschließen zu können.⁹⁴⁰

⁹³⁶ EuGH, Urt. v. 18.12.1997, Rs. C-129/96, Slg. 1997, I-7411

⁹³⁷ BVerwG, Urt. v. 19.5.1998, a.a.O. (22)

⁹³⁸ BVerwG, Urt. v. 27.1.2000, Az.: 4 C 2.99, BVerwGE 110, 302

⁹³⁹ BVerwG, Urt. v. 27.1.2000, a.a.O. (308 f.)

⁹⁴⁰ vgl. hierzu Halama, Die FFH-Richtlinie – unmittelbare Auswirkungen auf das Planungs- und Zulässigkeitsrecht, NVwZ 2001, 506 (507)

In einer weiteren Entscheidung⁹⁴¹ über die Rechtmäßigkeit eines Planfeststellungsbeschlusses betreffend eine Trasse der Straßenverbindung vom Autobahnkreuz der A 4 bei Erfurt bis zur A 70 bei Schweinfurt bekannte sich das Bundesverwaltungsgericht erstmals eindeutig dazu, dass es von der Existenz potentieller FFH-Gebiete ausgeht. Potentielle FFH-Gebiete sind nach der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes alle Gebiete, bezüglich derer aus fachlicher Sicht kein Zweifel besteht, dass sie die von der FFH-Richtlinie vorausgesetzten Merkmale erfüllen. Während ein solches potentielles FFH-Gebiet nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes als Anknüpfungspunkt für Schutzwirkungen auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechts in Betracht kommt, soll das Schutzregime indes noch nicht dem Niveau des Art. 6 FFH-Richtlinie entsprechen. So müsse ein Mitgliedstaat, der seiner Umsetzungsverpflichtung noch nicht in vollem Umfang nachgekommen ist, bereits in dieser Phase gewisse vorgezogene Verhaltenspflichten beachten. Die gemeinschaftsrechtliche Vorwirkung der FFH-Richtlinie bewirke jedoch keine Veränderungssperre, die einer Anwendung des Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie gleichkomme, sondern verhindere lediglich, dass Gebiete, deren Schutzwürdigkeit auf der Hand liegt, zerstört oder anderweitig so nachhaltig beeinträchtigt werden, dass sie für eine Meldung nicht mehr in Betracht kommen.⁹⁴²

Der Ausbau der „Ostseeautobahn“ war erneut Gegenstand einer Entscheidung⁹⁴³ des Bundesverwaltungsgerichts, als das Gericht im Anschluss an sein Urteil vom 19.5.1998⁹⁴⁴ nunmehr auch über die Rechtmäßigkeit des Planfeststellungsbeschlusses betreffend die zweite Trasse der Südumfahrung Lübecks zu befinden hatte. In dieser Entscheidung geht das Bundesverwaltungsgericht erneut ausdrücklich von der Existenz derartiger Gebiete aus. Zum Kreis potentieller Schutzgebiete soll dabei jedes Gebiet gehören, das aus fachwissenschaftlicher Sicht zweifelsfrei die Voraussetzungen der FFH-Richtlinie erfüllt. Dies soll ungeachtet der Frage gelten, ob der Mitgliedstaat das Gebiet gemeldet hat. Ein Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Gebietswahl bestünde nur insofern, als der in Anhang III zur FFH-Richtlinie aufgeführte Kriterienkatalog, auf den Art. 4 FFH-Richtlinie Bezug nimmt, unterschiedliche fachliche Wertungen zuließe.⁹⁴⁵

In einem Urteil betreffend die Rechtmäßigkeit des Planfeststellungsbeschlusses über den Neubau der A 44⁹⁴⁶ differenziert das Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich der Behandlung

⁹⁴¹ BVerwG, Urt. v. 27.10.2000, Az.: 4 A 18/99, BVerwGE 112, 140

⁹⁴² BVerwG, Urt. v. 27.10.2000, a.a.O. (156 f.)

⁹⁴³ BVerwG, Urt. v. 31.1.2002, Az.: 4 A 15/01, NVwZ 2002, 1103

⁹⁴⁴ BVerwG, Urt. v. 19.5.1998, a.a.O.

⁹⁴⁵ BVerwG, Urt. v. 31.1.2002, a.a.O. (1106)

⁹⁴⁶ BVerwG, Urt. v. 17.5.2002, Az.: 4 A 28/01, NVwZ 2002, 1243

potentieller FFH-Gebiete unter Bezugnahme auf seine frühere Rechtsprechung wie folgt: Dränge es sich auf, dass ein potentielles FFH-Gebiet nach seiner Meldung auch Aufnahme in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung nach Art. 4 Abs. 2 U. abs. 1 FFH-Richtlinie finden wird, beurteile sich die Zulässigkeit eines dieses Gebiet berührenden Straßenbauvorhabens in Anknüpfung an das Urteil vom 27.1.2000⁹⁴⁷ anhand des Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie. Könne dagegen die Aufnahme in die Gemeinschaftsliste nicht sicher prognostiziert werden, dürfe das Gebiet entsprechend den in der Entscheidung vom 27.10.2000⁹⁴⁸ entwickelten Grundsätzen lediglich nicht so nachhaltig verändert werden, dass es für eine Meldung und Aufnahme in die Gemeinschaftsliste nicht mehr in Betracht kommt.⁹⁴⁹

In einer Entscheidung vom 7.9.2005⁹⁵⁰ lehnte das Bundesverwaltungsgericht unter Bezugnahme auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache *Dragaggi*⁹⁵¹ zwar eine unmittelbare Anwendbarkeit der FFH-Richtlinie vor Aufnahme eines Gebiets in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung ab, wies aber auf die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Schutz von bereits in die nationale Gebietliste aufgenommenen Gebieten hin. Ein angemessener Schutz der vorgenannten Gebiete soll nach der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes bei Infrastrukturvorhaben jedenfalls dann gewährleistet sein, wenn das Vorhaben den materiellrechtlichen Maßstäben des Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie genügt.

Zusammenfassend kann damit festgestellt werden, dass sich das Bundesverwaltungsgericht nach anfänglichem Zögern nunmehr eindeutig zu der Existenz von FFH-Gebieten bekennt. Auch in der Frage, wie potentielle FFH-Gebiete zu behandeln sind, scheint das Bundesverwaltungsgericht nunmehr zu einer abschließenden Lösung gekommen sein. Während das Gericht anfänglich offen ließ, ob die Qualifizierung eines Gebietes als potentielles FFH-Gebiet die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie zur Folge hat, schien es diese Möglichkeit in seinem Urteil vom 27.10.2000 auszuschließen, da die gemeinschaftsrechtliche Vorwirkung der FFH-Richtlinie lediglich solche Eingriffe in das Gebiet verbiete, die eine spätere Gebietsmeldung unmöglich machen. Nunmehr bemisst sich die Zulässigkeit eines Vorhabens nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes jedenfalls dann nach Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie, wenn sich die Aufnahme eines Gebietes in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufdrängt. Insoweit hat das

⁹⁴⁷ BVerwG, Urt. v. 27.1.2000, Az.: 4 C 2.99, BVerwGE 110, 302

⁹⁴⁸ BVerwG, Urt. v. 27.10.2000, Az.: 4 A 18.99, BVerwGE 112, 140

⁹⁴⁹ BVerwG, Urt. v. 17.5.2002, a.a.O. (1244)

⁹⁵⁰ BVerwG, Beschluss vom 7.9.2005, Az. 4 B 49.05

⁹⁵¹ EuGH, Urt. v. 13.1.2005, Rs. C-117/03, NuR 2005, 242

Bundesverwaltungsgericht auch der Bestimmung des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie in Planfeststellungsverfahren den Rang objektiv geltenden Rechts zuerkannt. Andere Gebiete dürfen dagegen nach der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes lediglich nicht so nachhaltig verändert werden, dass für sie eine Meldung und Aufnahme in die Gemeinschaftsliste nicht mehr in Betracht kommt.

Das Bundesverwaltungsgericht weist zutreffend darauf hin, dass Richtlinien vor Ablauf der Umsetzungsfrist eine Sperr- bzw. Vorwirkung entfalten.⁹⁵² Ausgehend von dieser Sperrwirkung zieht es die Schlussfolgerung, dass diese Sperrwirkung auch dann besteht, wenn der Mitgliedstaat seiner Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinie pflichtwidrig nicht nachgekommen ist. Diese Argumentation ist nachvollziehbar. Dennoch ist nach Ablauf der Umsetzungsfrist ein Rückgriff auf die Sperrwirkung von Richtlinien nicht mehr erforderlich, da sich das Verbot, potentielle FFH-Gebiete so zu beeinträchtigen, dass sie für eine spätere Meldung und Aufnahme in die Gemeinschaftsliste nicht mehr in Betracht kommen, für den Zeitraum nach Ablauf der Umsetzungsfrist unmittelbar aus der Vorschrift des Art. 10 Abs. 2 EG ergibt, wonach die Mitgliedstaaten alle Maßnahmen unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele dieses Vertrages gefährden könnten.⁹⁵³

Die Feststellung, wann sich die Aufnahme eines Gebietes in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufdrängt, dürfte in der Praxis mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die zutreffende Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes, dass das Vorkommen prioritärer natürlicher Lebensraumtypen oder Arten nicht ohne Ausnahme zur Aufnahme des Gebietes in die nationale Gebietsliste zwingt.⁹⁵⁴

bb. Auffassungen im Schrifttum

Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung⁹⁵⁵ kann es nach Wortlaut und Systematik der FFH-Richtlinie keine potentiellen FFH-Gebiete geben, da zur faktischen Eignung der Gebiete – anders als bei der Vogelschutzrichtlinie – stets noch bestimmte Verfahrensschritte

⁹⁵² vgl. dazu unter § 7 A.

⁹⁵³ vgl. Gellermann, *Natura* 2000, 125

⁹⁵⁴ BVerwG, Urt. v. 24.8.2000, Az.: 6 B 23.00, NuR 2000, 45 (47)

⁹⁵⁵ Hauptausschuss der Ministerkonferenz für Raumordnung (MKRO) – Ausschuss "Recht und Verfahren", Benennung und Handhabung von Gebieten nach der FFH- und der Vogelschutzrichtlinie in Abstimmung mit der Raumordnung (Positionspapier der MKRO vom 19.3.1999), DVBl. 1999, 970 (971 f.); Stüber, Gibt es "potentielle Schutzgebiete" i.S.d. FFH-Richtlinie, NuR 1998, 531

hinzutreten müssten und ein FFH-Gebiet nicht gegen den erklärten Willen eines Mitgliedstaates in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufgenommen werden könne. Nach dieser Auffassung steht aufgrund der zwingenden Durchführung eines bilateralen Konzertierungsverfahrens nach Art. 5 FFH-Richtlinie, an dessen Ende die einstimmige Entscheidung des Rates steht, der entgegenstehende Wille des Mitgliedstaates der Annahme von Gebieten entgegen, die zwingend als FFH-Gebiete auszuweisen sind.⁹⁵⁶ Nur wenn sich ein Mitgliedstaat im Konzertierungsverfahren nach Art. 5 FFH-Richtlinie unter Berücksichtigung anderer Gründe als naturschutzfachlicher Kriterien weigere, ein Gebiet zu melden, setze er sich in Widerspruch zu der FFH-Richtlinie und müsse dann im Falle einer Verurteilung durch den Europäischen Gerichtshof im Vertragsverletzungsverfahren das betreffende Gebiet nach Art. 228 Abs. 1 EG melden.⁹⁵⁷

Eine andere Meinung⁹⁵⁸ befürwortet hingegen anknüpfend an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die rechtliche Möglichkeit von potentiellen FFH-Gebieten. Der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Gebietsauswahl sei rein fachlich, so dass sich sowohl unter prioritären als auch unter nicht-prioritären Lebensräumen Areale ermitteln ließen, für die der mitgliedstaatliche Ermessensspielraum aufgrund ihrer herausragenden Signifikanz oder der Seltenheit der in ihnen vorkommenden Arten oder Habitate auf Null reduziert sei. Diese Gebiete unterlägen als potentielle FFH-Gebiete dem Schutzregime des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie. Dasselbe gelte für die bereits in die nationale Gebietsliste aufgenommenen Gebiete, da Deutschland als Mitgliedstaat sein Auswahlermessen bezüglich dieser Gebiete bereits ausgeübt habe.⁹⁵⁹ Zum Teil wird der Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie auf solche potentielle FFH-Gebiete beschränkt, die von den Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 1 U.abs. 2 FFH-Richtlinie bereits gemeldet wurden oder noch zu melden sind und die prioritäre natürliche Lebensräume und/oder Arten enthalten, da diese Gebiete nach Anhang III (Phase 2) Nr. 1 zur FFH-Richtlinie, auf den in Art. 4 Abs. 2 U.abs. 1 FFH-Richtlinie verwiesen wird, zwingend von der Kommission in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufzunehmen sind. Für andere potentielle FFH-

⁹⁵⁶ Stüber, a.a.O. (533)

⁹⁵⁷ Stüber, a.a.O. (533 f.)

⁹⁵⁸ Gellermann, *Natura 2000*, 121 ff.; Halama, *Die FFH-Richtlinie – unmittelbare Auswirkungen auf das Planungs- und Zulässigkeitsrecht*, NVwZ 2001, 506 (509); Kirchhof, *Welches Schutzregime gilt in potentiellen FFH-Gebieten?*, NuR 2001, 666 (668 f.)

⁹⁵⁹ Kirchhof, a.a.O. (668 f.); Mecklenburg, *Anmerkungen zur Rechtsfigur des potentiellen FFH-Gebietes*, UPR 2002, 124 (124 ff.)

Gebiete besteht nach dieser Auffassung lediglich ein Verbot, die Verwirklichung der mit der FFH-Richtlinie verfolgten Ziele nicht praktisch unmöglich zu machen.⁹⁶⁰

Nach einer weiteren Auffassung⁹⁶¹ soll der Kreis der potentiellen FFH-Gebiete identisch mit dem Kreis der in die nationale Gebietsliste aufzunehmenden Gebiete nach Art. 4 Abs. 1 FFH-Richtlinie sein. Da die Vorwirkung von Richtlinien nur für solche Richtlinienbestimmungen in Betracht komme, die die normstrukturellen Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung erfüllen, und lediglich Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie, nicht jedoch Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie die Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung erfüllten, sei auf potentielle FFH-Gebiete allein die Vorschrift des Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie anwendbar. Entgegen dieser Auffassung ist die Sperrwirkung von EG-Richtlinien vor Ablauf der Umsetzungsfrist nach hier vertretener Auffassung nicht davon abhängig, ob die betreffende Richtlinienbestimmung die normstrukturellen Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung erfüllt.⁹⁶² Dessen ungeachtet erfüllen Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie die Voraussetzungen der objektiven unmittelbaren Wirkung.⁹⁶³

Teilweise⁹⁶⁴ wird unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu faktischen Vogelschutzgebieten die Auffassung vertreten, dass bis zur Entscheidung der Kommission über die Aufnahme eines Gebiets in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung jedwede Verschlechterung der natürlichen Lebensräume und der Habitate der Arten sowie Störungen von Arten, für die die Gebiete ausgewiesen worden sind, ohne die Möglichkeit einer Ausnahmeentscheidung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL unzulässig sein soll.

cc. Stellungnahme

Der Auffassung, die die rechtliche Möglichkeit potentieller FFH-Gebiete negiert, ist einzuräumen, dass sich das Verfahren der Ausweisung von FFH-Gebieten erheblich vom Verfahren der Ausweisung besonderer Vogelschutzgebiete unterscheidet. Gleichwohl gibt es

⁹⁶⁰ Halama, a.a.O., der diese Frage allerdings im Zusammenhang mit der Reichweite der unmittelbaren Wirkung von Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie erörtert. Die unmittelbare Wirkung von Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie ist hingegen nach den obigen Ausführungen unstreitig (siehe hierzu unter I.2.c.) und entfällt nicht deswegen, weil die FFH-Richtlinie selbst keine potentiellen FFH-Gebiete kennt (Kirchhof, a.a.O. (668)). Somit geht es bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen potentielle FFH-Gebiete dem Schutzregime von Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie unterliegen, allein um den Anwendungsbereich dieser Vorschrift.

⁹⁶¹ Mecklenburg, a.a.O. (127 f.)

⁹⁶² siehe hierzu unter § 7 A.

⁹⁶³ siehe hierzu unter I.2.c.

⁹⁶⁴ Gellermann, Habitatschutz in der Perspektive des Europäischen Gerichtshofs, NuR 2005, 433 (437)

nach der hier vertretenen Auffassung ungeachtet des komplexen Verfahrens der Meldung und Ausweisung von FFH-Gebieten nach den Art. 4 und 5 FFH-Richtlinie Gebiete, die aufgrund ihrer Merkmale auch entgegen dem Willen des betreffenden Mitgliedstaates zwingend in die nationale Gebietsliste und im Anschluss daran in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufzunehmen sind,⁹⁶⁵ wenngleich die Bestimmung derartiger Gebiete in der Praxis mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein kann. Obwohl der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Auswahl der Gebiete für die nationale Gebietsliste auf naturschutzrechtliche Kriterien begrenzt ist, wird bei einigen potentiellen FFH-Gebieten keine abschließende Beurteilung darüber möglich sein, ob diese Gebiete obligatorischer Bestandteil von *Natura 2000* sind.

Dies gilt insbesondere in Anbetracht der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache *Dragaggi*⁹⁶⁶. Danach sind entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung⁹⁶⁷ auch Gebiete, die prioritäre Lebensraumtypen oder Arten beherbergen und bereits in die nationale Gebietsliste aufgenommen wurden, nicht zwingend in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufzunehmen. Andernfalls wäre die Kommission nach Auffassung des Gerichtshofes selbst dann daran gehindert, die Nichtaufnahme eines Gebietes in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung zu erwägen, wenn sie der Ansicht wäre, dass es entgegen der Auffassung des betreffenden Mitgliedstaats keine prioritären natürlichen Lebensraumtypen oder prioritären Arten im Sinne von Anhang III (Phase 2) Nr. 1 zur FFH-Richtlinie beherbergt. Eine solche Situation würde aber insbesondere gegen Art. 4 Abs. 2 U.abs. 1 FFH-Richtlinie verstoßen. Darüber hinaus mache Art. 4 Abs. 5 FFH-Richtlinie die Anwendung der Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie ausdrücklich davon abhängig, dass das betreffende Gebiet nach Artikel 4 Abs. 2 U.abs. 3 FFH-Richtlinie in die von der Kommission festgelegte Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung aufgenommen worden ist.⁹⁶⁸

Um der diesbezüglichen Auswahlentscheidung der Kommission nicht vorzugreifen, sind nach hier vertretener Auffassung auch solche Gebiete als potentielle FFH-Gebiete anzusehen, deren spätere Aufnahme in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung zwar zweifelhaft, aber durchaus möglich ist. Ferner sind auch alle Gebiete, die bereits Aufnahme in die der Kommission zugeleiteten nationalen Gebietsliste gefunden haben, potentielle FFH-Gebiete.

⁹⁶⁵ siehe hierzu unter A.II.

⁹⁶⁶ EuGH, Urt. v. 13.1.2005, Rs. C-117/03, NuR 2005, 242

⁹⁶⁷ Halama, a.a.O. (509)

⁹⁶⁸ EuGH, Urt. v. 13.1.2005, a.a.O. (Rn. 22 ff.)

Hiervon getrennt zu erörtern ist die Frage, wie potentielle FFH-Gebiete zu behandeln sind.

Nach der Auffassung des Europäischen Gerichtshofes sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, sämtliche von ihnen nach Art. 4 Abs. 1 FFH-Richtlinie in die nationale Gebietsliste aufgenommenen Gebiete schützen, da andernfalls die Verwirklichung der u. a. in der sechsten Begründungserwägung und in Art. 3 Abs. 1 FFH-Richtlinie genannten Ziele der Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wild lebenden Tiere und Pflanzen gefährdet wäre. Die Mitgliedstaaten müssten geeignete Schutzmaßnahmen zur Wahrung der genannten ökologischen Bedeutung ergreifen.⁹⁶⁹ Dazu wie diese Schutzmaßnahmen im Einzelnen aussehen sollen, äußert sich der Europäische Gerichtshof allerdings nicht.

Gegen die Auffassung, wonach bis zur Entscheidung der Kommission über die Aufnahme eines Gebiets in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung ein absolutes Verschlechterungsgebot ohne die Möglichkeit einer Ausnahmeentscheidung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL gelten soll, wird zutreffend vorgebracht, dass ein Vorhaben auch nach Aufnahme eines Gebiets in die Gemeinschaftsliste trotz negativer Verträglichkeitsprüfung nach Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie unter den Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 4 FFH-Richtlinie zulässig ist und dass ein Grund, ein gemeldetes FFH-Gebiet stärker vor als nach der Aufnahme in die Gemeinschaftsliste zu schützen, nicht ersichtlich ist.⁹⁷⁰

Der vom Bundesverwaltungsgericht und einer im Schrifttum vertretenen Auffassung⁹⁷¹ gewählte Lösungsansatz, wonach hinsichtlich der Behandlung potentieller FFH-Gebiete danach zu differenzieren ist, ob es sich aufdrängt, dass das Gebiet nach seiner Aufnahme in die nationale Gebietsliste und seiner Meldung an die Kommission auch Aufnahme in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung nach Art. 4 Abs. 2 U.abs. 1 FFH-Richtlinie finden wird oder ob die Aufnahme in die Gemeinschaftsliste zweifelhaft ist, ist nachvollziehbar. Gegen eine unterschiedliche Behandlung verschiedener Gebietskategorien spricht jedoch, dass allein die Kommission über die nötigen Informationen verfügt, um die Entscheidung über die Aufnahme eines Gebietes in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung treffen zu können. Würde man nur solche Gebiete dem Schutzregime des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie unterwerfen, deren Aufnahme in die Gemeinschaftsliste sich aufdrängt, würde man dieser Entscheidung vorgreifen. Im Übrigen ist unklar, wann ein Vorhaben ein Gebiet so nachhaltig verändert, dass es für eine Meldung und Aufnahme in die Gemeinschaftsliste nicht mehr in Betracht kommt.

⁹⁶⁹ EuGH, Urt. v. 13.1.2005, a.a.O. (Rn. 26 ff.)

⁹⁷⁰ so auch BVerwG, Beschluss vom 7.9.2005, Az. 4 B 49.05

⁹⁷¹ Halama, a.a.O., der jedoch lediglich diejenigen von den Mitgliedstaaten gem. Art. 4 Abs. 1 U.abs. 2 FFH-Richtlinie bereits gemeldeten und noch zu meldenden Gebiete dem Schutzregime des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie unterwerfen will, die prioritäre Lebensräume oder Arten enthalten.

Aus diesen Gründen erscheint es gerechtfertigt, alle potentiellen FFH-Gebiete den objektiv unmittelbar wirksamen Regelungen des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie zu unterwerfen. Auch wenn einige dieser Gebiete möglicherweise keine Aufnahme in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung finden werden, schafft die einheitliche Anwendung des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie zumindest hinsichtlich der Rechtsfolgen der Qualifizierung eines Gebietes als potentielles FFH-Gebiet einen klaren rechtlichen Rahmen. Darüber hinaus beugt allein die umfassende Anwendung des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie auf potentielle FFH-Gebiete der möglichen Entstehung von Staatshaftungsansprüchen wirksam vor.

III. Zwischenergebnis

Der Prozess der Umsetzung von Vogelschutz- und FFH-Richtlinie in deutsches Recht ist noch nicht abgeschlossen.

Im Hinblick auf die Errichtung von *Natura 2000* genügt die Vorschrift des § 33 BNatSchG zwar inhaltlich den Anforderungen der Art. 4 Abs. 1 U.abs. 4 Vogelschutzrichtlinie und Art. 4 Abs. 1 und 4 FFH-Richtlinie und wurde zumindest in Thüringen und in Bayern in Landesrecht umgesetzt. Dagegen wurde die Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 3 Vogelschutzrichtlinie bislang weder im Bundesnaturschutzgesetz noch in den landesrechtlichen Naturschutzbestimmungen Thüringens und Bayerns umgesetzt. Bis zur ordnungsgemäßen Umsetzung dieser Bestimmung ist somit auf die objektiv unmittelbar wirksame Bestimmung des Art. 4 Abs. 3 Vogelschutzrichtlinie zurückzugreifen.

Auch hinsichtlich des Schutzregimes von Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie bestehen noch Defizite im deutschen Recht. Umsetzungsmängel bestehen im Anwendungsbereich des Bundesnaturschutzgesetzes insbesondere im Hinblick auf den zu engen Projektbegriff in § 10 Nr. 11 BNatSchG und die nicht gemeinschaftskonforme Bestimmung des § 36 BNatSchG. Da die Umsetzung von Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie in das Naturschutzrecht der Bundesländer in Thüringen und in Bayern nach Maßgabe des Bundesnaturschutzgesetzes erfolgt ist, entspricht die Rechtslage zumindest in diesen beiden Bundesländern nicht den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts. Auch der Ausschluss der Verträglichkeitsprüfung für Bauvorhaben gem. § 29 BauGB im Anwendungsbereich der §§ 30, 33 BauGB für noch ohne Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung aufgestellte Bebauungspläne sowie die Ausnahme bestimmter erlaubnisfreier Gewässernutzungen vom Erfordernis einer Umweltverträglichkeitsprüfung in § 6 Abs. 2 WHG stellen Verstöße gegen die Art. 6 Abs. 3

und 4 FFH-Richtlinie dar. Insoweit kommt die objektiv unmittelbar wirksame Bestimmung des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie zur Anwendung.

Darüber hinaus besteht in der Bundesrepublik Deutschland auch ein Vollzugsdefizit im Hinblick auf die Errichtung von *Natura 2000*, wenngleich in jüngster Zeit erhebliche Anstrengungen zur Vervollständigung der nationalen Gebietsliste nach Art. 4 Abs.1 U.abs. 1 FFH-Richtlinie und zur Ausweisung sämtlicher geeignetsten Gebiete i.S.d. Art. 4 Abs. 1 U.abs. 4 Vogelschutzrichtlinie unternommen wurden. Als Reaktion auf dieses auch in anderen Mitgliedstaaten bestehende Problem hat der Europäische Gerichtshof die Rechtsfigur des faktischen Vogelschutzgebietes geschaffen, auf das das gegenüber Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie strengere Schutzregime des Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie anzuwenden ist. Hieran anknüpfend entwickelte das Bundesverwaltungsgericht seine Rechtsprechung zu potentiellen FFH-Gebieten, die nach der hier vertretenen Auffassung allesamt dem Schutzregime des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie unterliegen.

§ 12 Die horizontale Wirkung von EG-Richtlinien in Planfeststellungsverfahren

Die Beachtlichkeit objektiv unmittelbar wirksamer Bestimmungen der Vogelschutz- und FFH-Richtlinie als objektiv geltendes Recht hat zur Folge, dass der Eigentümer eines Grundstückes, das durch ein im Wege des Planfeststellungsverfahrens zu verwirklichendes Vorhaben möglicherweise beeinträchtigt wird, den Planfeststellungsbeschluss auch unter Berufung auf die Verletzung des europäischen Habitatschutzrechts angreifen kann.

Im Folgenden wird zunächst untersucht, wie die Beachtlichkeit habitatschutzrechtlicher Richtlinienbestimmungen als objektiv geltendes Recht in die planungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes eingeordnet werden kann. Anschließend wird am Beispiel des Rechtsschutzes einzelner gegen Projekte privater Vorhabenträger erörtert, wie sich die zur Reichweite der objektiven unmittelbaren Wirkung gefundenen Untersuchungsergebnisse⁹⁷² mit der Beachtlichkeit von habitatschutzrechtlichen Richtlinienbestimmungen als objektivem Recht vereinbaren lassen.

⁹⁷² siehe dazu unter § 8 B.III.2.

A. Einordnung der objektiven unmittelbaren Wirkung von Richtlinien in die planungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes

Die materielle Rechtmäßigkeit eines Planfeststellungsbeschlusses setzt u.a. voraus, dass die Planfeststellungsbehörde alle von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belange in die Abwägung einstellt und unter Berücksichtigung der gesetzlichen Wertungen und Zielsetzungen zutreffend gewichtet. Dabei entsprach es jahrzehntelang allgemeiner Auffassung in Schrifttum und Rechtsprechung, dass der von einem Vorhaben betroffene Grundstückseigentümer einen Planfeststellungsbeschluss nur unter dem Aspekt der fehlenden oder unzureichenden Würdigung seines Eigentumsrechts oder anderer privater Belange angreifen kann, nicht jedoch im Hinblick auf die unterlassene oder unzureichende Würdigung öffentlicher Belange.⁹⁷³

Hiervon abweichend entschied das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung vom 18.3.1983⁹⁷⁴ erstmals, dass der Eigentümer eines durch eine straßenrechtliche Planfeststellung betroffenen Grundstücks die Verletzung des planungsrechtlichen Abwägungsgebots auch mit der Begründung geltend machen kann, öffentliche Belange seien nicht hinreichend berücksichtigt worden, sofern sich dieser Verstoß auf seine subjektive Rechtsstellung ausgewirkt haben kann. In einem Urteil über die Rechtmäßigkeit eines Planfeststellungsbeschlusses betreffend den Neubau einer Teilstrecke des Main-Donau-Kanals gestand das Bundesverwaltungsgericht einem enteignungsbetroffenen Kläger das Recht zu, die Rechtswidrigkeit eines Planfeststellungsbeschlusses auch insoweit geltend zu machen, als bei der Abwägung ein dem Vorhaben widerstreitender öffentlicher Belang verkannt oder fehlgewichtet wurde.⁹⁷⁵ In einem weiteren Urteil entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass auch ein privater Vorhabenträger im Rahmen eines abfallrechtlichen Planfeststellungsverfahrens einen Rechtsanspruch auf fehlerfreie Ausübung des Planungsermessens hat, der sich auf alle abwägungserheblichen Gesichtspunkte erstreckt, obwohl er keinen Zulassungsanspruch hat.⁹⁷⁶

In einer Entscheidung über den Ausbau der A 60⁹⁷⁷ stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Kläger als Eigentümer von Grundstücken, von denen Teilflächen in Anspruch genommen werden sollen, grundsätzlich eine Rechtsverletzung daraus herleiten können, dass

⁹⁷³ vgl. Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, § 74 Rn. 20 m.w.N.

⁹⁷⁴ BVerwG, Urt. v. 18.3.1983, BVerwGE 67, 74

⁹⁷⁵ BVerwG, Urt. v. 12.07.1985, Az.: 4 C 40.83, BVerwGE 72, 15 (25 f.)

⁹⁷⁶ BVerwG, Urt. v. 24.11.1994, Az.: 7 C 25.93, BVerwGE 97, 143 (149 f.)

⁹⁷⁷ BVerwG, Urt. v. 25.1.1996, Az.: 4 C 5.95, BVerwGE 100, 238

vor Erlass des Planfeststellungsbeschlusses entgegen den Vorgaben der UVP-Richtlinie⁹⁷⁸ keine förmliche Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt worden ist. Die UVP diene der Ermittlung und Bewertung der durch die Planung berührten Umweltbelange und sei damit Bestandteil des Abwägungsvorgangs. Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die *Großkrotzenburg*-Entscheidung des EuGH betonte das Bundesverwaltungsgericht, dass hinreichend genaue und unbedingte Bestimmungen der UVP-Richtlinie unabhängig davon, ob sie dem einzelnen Rechte verleihen, die mitgliedstaatlichen Behörden verpflichten, bestimmte Projekte einer UVP zu unterziehen.⁹⁷⁹ In dieser Entscheidung erkannte das Bundesverwaltungsgericht damit erstmals objektiv unmittelbar wirksamen Bestimmungen einer Richtlinie den Rang objektiven Rechts zu.

In einer späteren Entscheidung leitete das Bundesverwaltungsgericht das Recht von Privatpersonen auf die umfassende gerichtliche Kontrolle eines Planfeststellungsbeschlusses mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung und insbesondere auch auf eine Überprüfung der Einhaltung des Abwägungsgebots in Bezug auf öffentliche, nicht ihrem Schutz dienende Belange aus Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG her. Danach sei eine Enteignung nur zum Wohl der Allgemeinheit zulässig, so dass eine dem objektiven Recht nicht entsprechende Enteignung ausgeschlossen sei.⁹⁸⁰

In einem weiteren Urteil⁹⁸¹ über eine fernstraßenrechtliche Planung, die möglicherweise Auswirkungen auf das Gebiet der Großen Laaber hatte, bezog das Bundesverwaltungsgericht erstmals auch die Vogelschutzrichtlinie in seine planungsrechtliche Rechtsprechung ein. So entschied das Gericht, dass die Kläger eine Verletzung von Art. 4 Abs. 4 Vogelschutzrichtlinie geltend machen können, sofern das Gebiet der Großen Laaber als faktisches Vogelschutzgebiet zu qualifizieren ist. In diesem Zusammenhang führte das Bundesverwaltungsgericht wörtlich aus: „Der enteignungsbetroffene Grundstückseigentümer kann sich auf die Missachtung der EU-Richtlinien berufen. Wenn und soweit die Vogelschutzrichtlinie als objektives Recht anwendungsfähig und von den nationalen Behörden zu beachten ist, ist sie Teil der objektiven Rechtsordnung. Als solche bestimmt sie auch, was als Wohl der Allgemeinheit im Sinne des Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG zu gelten hat.“⁹⁸² Dieses Ergebnis ist im Hinblick auf die dogmatische Entwicklung der planungsrechtlichen

⁹⁷⁸ Richtlinie 85/337/EWG des Rates vom 27.6.1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. EG 1985 Nr. L 175, 40; nunmehr geändert durch die Richtlinie des Rates 97/11/EG vom 3.3.1997, ABl. EG 1997 Nr. L 73, 5

⁹⁷⁹ BVerwG, Urt. v. 25.1.1996, a.a.O. (240 ff.)

⁹⁸⁰ BVerwG, Urt. 21.3.1996, Az.: 4 C 26.94, BVerwGE 100, 388 (391)

⁹⁸¹ BVerwG, Urt. v. 19.5.1998, Az.: 4 C 11.96, UPR 1998, 388

⁹⁸² BVerwG, Urt. v. 19.5.1998, a.a.O. (390)

Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts konsequent. Wenn objektiv unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmungen für die nationalen Behörden eines Mitgliedstaates Verpflichtungen begründen können, sind sie insoweit Teil der nationalen Rechtsordnung.

Im Ergebnis fügt sich die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Beachtlichkeit des europäischen Habitatschutzrechts in Planfeststellungsverfahren damit nahtlos in die planungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes ein.⁹⁸³

B. Rechtsschutz einzelner gegen Projekte privater Vorhabenträger

Die Beachtlichkeit des europäischen Habitatschutzrechts in Planfeststellungsverfahren wirkt im Hinblick auf die Reichweite der objektiven unmittelbaren Wirkung keine Probleme auf, soweit der Planfeststellungsbeschluss ein gemeinnütziges Vorhaben betrifft. Anders verhält es sich dagegen im Falle einer privatnützigen Planfeststellung. Kann ein einzelner unter Berufung auf die objektiv unmittelbar wirksamen Bestimmungen der Vogelschutzrichtlinie und der FFH-Richtlinie gegen einen Planfeststellungsbeschluss vorgehen, der ausschließlich ein privatnütziges Vorhaben betrifft, wird der Vorhabenträger im Falle der Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses durch die zuständige Behörde infolge der objektiven unmittelbaren Wirkung der vorgenannten Richtlinienbestimmungen mittelbar belastet. Den objektiv unmittelbar wirksamen Bestimmungen der Vogelschutzrichtlinie und der FFH-Richtlinie kommt damit im multipolaren Rechtsverhältnis zwischen dem Anlagenbetreiber, der nationalen Behörde und dem Nachbarn mittelbare horizontale Wirkung zu.

Nach der hier vertretenen Auffassung⁹⁸⁴ kommt eine mittelbare horizontale Wirkung insoweit in Betracht, als sie lediglich zu einer Belastung des Marktbürgers mit über das nationale Recht hinausgehenden Verfahrenspflichten führt. Dagegen scheidet sie grundsätzlich aus, wenn die mittelbare Belastung eines Dritten einen Eingriff in die Sphäre seiner privaten Betätigung darstellt, der seine Rechtsposition erheblich beeinträchtigt. Dies ist jedenfalls dann gegeben, wenn dem Dritten infolge der mittelbaren horizontalen Wirkung materiell-rechtliche Rechtspositionen entzogen werden, die aus dem nationalen Recht resultieren. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die vorteilhafte Rechtsposition dem Dritten unter Verstoß gegen die unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmung gewährt wurde. Dann sind die betroffenen Interessen miteinander abzuwägen.

⁹⁸³ Brunner/Huber, Europarecht und Europäisierung in den Jahren 1998/1999, DVBl. 1999, 1559 (1566)

⁹⁸⁴ siehe dazu unter § 8 B.III.2.a.bb.(4)

Aufgrund der mittelbaren horizontalen Wirkung der objektiv unmittelbar wirksamen Bestimmungen der Vogelschutzrichtlinie und der FFH-Richtlinie würde der private Vorhabenträger im Falle der Aufhebung des ihn begünstigenden Planfeststellungsbeschlusses eine vorteilhafte Rechtsposition verlieren. Somit scheidet die Annahme einer mittelbaren horizontalen Wirkung insoweit grundsätzlich aus. Etwas anderes könnte sich jedoch im vorliegenden Fall daraus ergeben, dass der begünstigende Planfeststellungsbeschluss unter Verletzung objektiv unmittelbar wirksamer habitatschutzrechtlicher Richtlinienbestimmungen ergangen ist. Hätte die Planfeststellungsbehörde die Belange des Europäischen Habitatschutzrechts in ihre Abwägungsentscheidung eingestellt und sie in rechtsfehlerfreier Weise gewichtet, wäre der Planfeststellungsbeschluss nicht bzw. in anderer Gestalt ergangen. Somit ist das Interesse des privaten Vorhabenträgers an der Realisierung der Maßnahme mit dem öffentlichen Interesse an der Errichtung und dem Erhalt des ökologischen Gebietsnetzes *Natura 2000* abzuwägen. Da sich die Abwägung am jeweiligen Einzelfall orientiert, kann an dieser Stelle nicht abschließend beurteilt werden, welcher Belang sich durchsetzen wird. Dies gilt auch im Hinblick darauf, dass in der Abwägungsentscheidung auch die Wertungen der jeweiligen Fachgesetze zu berücksichtigen sind. Gleichwohl wird das öffentliche Interesse an der Errichtung und dem Erhalt des ökologischen Gebietsnetzes *Natura 2000* das Interesse des privaten Vorhabenträgers an der Durchführung der Maßnahme in aller Regel überwiegen. Der private Vorhabenträger kann auch nicht auf den Bestand des Planfeststellungsbeschlusses vertrauen, wenn gegen diesen fristgerecht Klage erhoben worden ist. Gegen den Planfeststellungsbeschluss als Allgemeinverfügung im Sinne des § 35 S. 2 VwVfG ist nach § 74 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 70 VwVfG als Rechtsmittel unmittelbar die Klage gegeben.

§ 13 Die horizontale Wirkung von EG-Richtlinien im Immissionsschutzrecht

Im Folgenden wird erörtert, welche Konsequenzen die Beachtlichkeit der objektiv unmittelbar wirksamen habitatschutzrechtlichen Richtlinienbestimmungen als objektives Recht in immissionsschutzrechtlichen Zulassungsverfahren hat.

Wie bereits ausgeführt wurde,⁹⁸⁵ entspricht die Rechtslage zur Verwirklichung des Gebietsschutzes im deutschen Immissionsschutzrecht nicht den Vorgaben von Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie. So schließt der Projektbegriff des § 10 Abs. 1 Nr. 11 BNatSchG nicht genehmigungsbedürftige immissionsschutzrechtliche Anlagen, die sich außerhalb eines

⁹⁸⁵ siehe dazu unter § 11 C.I.2.

Schutzgebietes befinden und nicht unter die Eingriffsregelung des § 18 BNatSchG fallen, aus. Dies hat zur Folge, dass derartige Anlagen nicht von der Pflicht zur Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung umfasst sind, obwohl ihre Durchführung ein *Natura 2000*-Gebiet erheblich beeinträchtigen könnte. Die Vorschrift des § 36 BNatSchG, die eine Sonderregelung für nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz genehmigungsbedürftige Anlagen enthält, genügt den inhaltlichen Anforderungen der FFH-Richtlinie nicht. Die entsprechenden Landesvorschriften in Thüringen und Bayern erschöpfen sich in einer Umsetzung der obigen Bestimmungen des Bundesnaturschutzgesetzes und stellen damit ebenfalls keine ordnungsgemäße Richtlinienumsetzung dar.

Somit ist die Behörde, die über die Zulassung einer genehmigungspflichtigen Anlage zu entscheiden hat, zur Anwendung der objektiv unmittelbar wirksamen habitatschutzrechtlichen Richtlinienbestimmungen verpflichtet. Hinsichtlich des anzuwendenden Schutzregimes ist je nach Gebietscharakter zu unterscheiden. So ist für bereits ausgewiesene besondere Vogelschutzgebiete sowie für potentielle FFH-Gebiete die Vorschrift des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie maßgeblich, während für faktische Vogelschutzgebiete die Bestimmung des Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie anzuwenden ist. Diese Bestimmungen sind von der Zulassungsbehörde grundsätzlich als Bestandteil der "anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften" i.S.v. § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG zu beachten.

Erhebt der Nachbar einer im Sinne des Bundesimmissionsschutzgesetzes genehmigungspflichtigen Anlage gegen die Genehmigung Drittwiderspruch nach § 68 VwGO, muss die Widerspruchsbehörde und – nach Durchführung des Widerspruchsverfahrens – das Verwaltungsgericht die Rechtmäßigkeit der Genehmigung umfassend prüfen. Stellt sich im Rahmen dieser Überprüfung heraus, dass das Vorhaben mit objektiv unmittelbar wirksamen Bestimmungen der Vogelschutz- bzw. der FFH-Richtlinie unvereinbar ist, stellt sich erneut das Problem der mittelbaren horizontalen Wirkung. Die Widerspruchsbehörde bzw. das Verwaltungsgericht muss dann zwischen dem Interesse des Anlagenbetreibers an der Errichtung der Anlage, gegebenenfalls zu berücksichtigenden Interessen des Nachbarn und dem öffentlichen Interesse an der Errichtung und dem Erhalt des ökologischen Gebietsnetzes *Natura 2000* abwägen.⁹⁸⁶ Wenngleich das Ergebnis dieser Einzelfallabwägung nicht vorweg genommen werden kann, wird das öffentliche Interesse an der Errichtung und dem Erhalt des ökologischen Gebietsnetzes *Natura 2000* dem Vorhaben in der Regel entgegenstehen. In diesem Fall ist die Genehmigung aufzuheben.

⁹⁸⁶ Insoweit kann auf die Ausführungen unter § 12 B. verwiesen werden.

Somit kann ein Nachbar i.S.d. Bundesimmissionsschutzgesetzes durch Erhebung des Drittwiderspruchs bzw. der Drittanfechtungsklage gegen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung, die unter Missachtung des objektiv unmittelbar wirksamen Habitatschutzrechts erlassen worden ist, vorgehen.

5. Teil: Schlussfolgerungen

§ 14 Fazit

Hinter dem plakativen Begriff der horizontalen Wirkung von EG-Richtlinien verbirgt sich bei näherer Betrachtung eine Vielzahl von Einzelproblemen. Dies macht es unmöglich, eine für alle Fallkonstellationen gültige Lösung für die Reichweite der horizontalen Wirkung von EG-Richtlinien zu finden. Die in der Untersuchung erarbeiteten Ergebnisse können für die zur Rechtsanwendung berufenen nationalen Gerichte und Behörden nicht zufrieden stellend sein, da die Entscheidung über die Anwendbarkeit einer Richtlinienbestimmung auf einen konkreten Sachverhalt erst nach einer umfangreichen, oftmals komplizierten rechtlichen Prüfung getroffen werden kann. Dabei darf jedoch nicht vergessen werden, dass die Rechtsfigur der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien lediglich eine Hilfskonstruktion zur Überbrückung des Zeitraums bis zur vollständigen Richtlinienumsetzung darstellt. Daher kann in den im Einzelnen geschilderten Fallkonstellationen eine Entscheidung über die unmittelbare Wirkung erst nach einer wertenden Abwägung der betroffenen Interessen getroffen werden. Auch die richtlinienkonforme Auslegung ist nicht darauf angelegt, den nationalen Rechtsvorschriften einen völlig anderen Sinngehalt zu verleihen als er ihnen unter Anwendung der nationalen Auslegungskriterien zukäme, nur um Umsetzungsdefizite zu „heilen“. Unabhängig davon, wo man die Grenzen der unmittelbaren Wirkung und der richtlinienkonformen Auslegung festlegt, wird die Anwendung dieser Rechtsfiguren im nationalen Recht insbesondere für den mit dem Gemeinschaftsrecht wenig vertrauten Rechtsanwender mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden sein. Daher ist der nationale Gesetzgeber umso mehr gehalten, seiner Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Umsetzung von EG-Richtlinien fristgerecht nachzukommen.

§ 15 Thesen

1. Bestimmungen von EG-Richtlinien kann sowohl durch ihre unmittelbare Wirkung als auch durch die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung horizontale Wirkung vermittelt werden. Hinsichtlich der Voraussetzungen und der Reichweite der horizontalen Wirkung ist zwischen beiden Rechtsinstituten zu unterscheiden.
2. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Reichweite der unmittelbaren Wirkung ist von Widersprüchen geprägt, da der Europäische Gerichtshof einerseits die horizontale unmittelbare Wirkung ablehnt, andererseits die mittelbare horizontale Wirkung von EG-Richtlinien anerkennt. Damit entscheidet allein das von Zufälligkeiten wie der Ausgestaltung des jeweiligen Verfahrens im nationalen Recht abhängige Vorhandensein eines öffentlich-rechtlichen Elements darüber, ob sich der gemeinschaftsrechtliche *effet utile* auch in Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen vorbehaltlos durchsetzt oder nicht. Im Bereich der verfahrensrechtlichen unmittelbaren Wirkung gibt der Europäische Gerichtshof das Dogma von der Ablehnung der horizontalen Wirkung völlig auf.
3. Der gemeinschaftsrechtliche Anwendungsvorrang hat zur Folge, dass richtlinienwidriges nationales Recht von unmittelbar wirksamen Richtlinienbestimmungen verdrängt wird, wenn die kollidierenden Vorschriften unterschiedliche inhaltliche Regelungsvorgaben enthalten oder wenn die Richtlinie ausschließlich an die Mitgliedstaaten gerichtete Verfahrenspflichten beinhaltet.
4. Im Rahmen des primären Gemeinschaftsrechts wird die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien durch das gemeinschaftsrechtliche Vertrauensschutzprinzip beschränkt, wenn der Mitgliedstaat bereits Umsetzungsmaßnahmen ergriffen hat, die Mangelhaftigkeit der Umsetzungsmaßnahme jedoch auch für einen vernünftigen Wirtschaftsteilnehmer nicht erkennbar ist. In diesem Fall ist die Reichweite der unmittelbaren Wirkung durch eine Einzelfallabwägung aller betroffenen Interessen zu bestimmen. Der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes steht der horizontalen unmittelbaren Wirkung nicht entgegen, lässt aber die mittelbare horizontale Wirkung nur insoweit zu, als sie lediglich zu einer Belastung des Marktbürgers mit über das nationale Recht hinaus gehenden Verfahrenspflichten führt.

Darüber hinaus ist eine mittelbare horizontale Wirkung mit dem gemeinschaftsrechtlichen Vorbehalt des Gesetzes vereinbar, wenn das Interesse an der Durchführung des Gemeinschaftsrechts das Interesse des mittelbar belasteten Marktbürgers an der Erhaltung der ihm zuvor unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht gewährten günstigen Rechtsposition überwiegt. Die vertikal belastende unmittelbare Wirkung ist mit dem gemeinschaftsrechtlichen Gesetzesvorbehalt unvereinbar. Die verfahrensrechtliche unmittelbare Wirkung ist generell zulässig, sofern die nationale technische Vorschrift nicht strafbewehrt oder ausnahmsweise wesentlicher Bestandteil einer zwischen den Parteien geschlossenen vertraglichen Vereinbarung ist.

5. Die Integrationsschranken der mitgliedstaatlichen Verfassungen beschränken die Reichweite der unmittelbaren Wirkung nicht, wie am Beispiel des deutschen Grundgesetzes sowie der Verfassung Frankreichs gezeigt wurde.
6. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu den Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung ist weitgehend von Uneinheitlichkeit geprägt. Anfänglich hat der Gerichtshof den Auslegungsspielraum der nationalen Norm als Grenze der richtlinienkonformen Auslegung anerkannt und die Entscheidung über die Interpretationsfähigkeit der betreffenden nationalen Bestimmung den mitgliedstaatlichen Gerichten überlassen. Demgegenüber neigt der Europäische Gerichtshof in seiner jüngeren, in erster Linie am *effet utile* des Gemeinschaftsrechts orientierten Rechtsprechung der Auffassung zu, dass die Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung des mitgliedstaatlichen Rechts nicht durch die nationalen Auslegungsregeln beschränkt ist. Im Ergebnis würde Richtlinienbestimmungen so ein uneingeschränkter Geltungsvorrang gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten zuerkannt, der dem Gemeinschaftsrecht jedoch gerade nicht zukommt.
7. Die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung findet ihre Grenzen in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des primären Gemeinschaftsrechts, dem sekundären Gemeinschaftsrecht und der Reichweite der nationalen Auslegungsmethoden. Durch die Verpflichtung zu richtlinienkonformer Auslegung werden diejenigen nationalen Auslegungsmethoden modifiziert, die Spielraum für eine Berücksichtigung der

gemeinschaftsrechtlichen Regelungsvorgaben bieten. Im deutschen Recht bieten insbesondere die teleologische Auslegung und in eingeschränktem Umfang die gesetzesimmanente Rechtsfortbildung sowie die rechtsübersteigende Rechtsfortbildung Ansatzpunkte für eine Berücksichtigung der Regelungsvorgaben von EG-Richtlinien.

8. Bezüglich der Umsetzung von Vogelschutz- und FFH-Richtlinie in deutsches Recht bestehen in Deutschland noch Defizite. Im Hinblick auf die Errichtung von *Natura 2000* wurde die Verpflichtung der Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 3 Vogelschutzrichtlinie bislang weder im Bundesnaturschutzgesetz noch in den landesrechtlichen Naturschutzbestimmungen Thüringens und Bayerns umgesetzt. Hinsichtlich des Gebietsschutzes des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie bestehen Umsetzungsmängel im Hinblick auf den zu engen Projektbegriff in § 10 Nr. 11 BNatSchG und auf die nicht gemeinschaftskonforme Bestimmung des § 36 BNatSchG. In Thüringen und Bayern ist die Umsetzung in Landesrecht nach Maßgabe des Bundesnaturschutzgesetzes erfolgt, so dass die Rechtslage in diesen beiden Bundesländern ebenfalls den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts nicht entspricht. Ein Umsetzungsdefizit besteht auch hinsichtlich des Ausschlusses der Verträglichkeitsprüfung für Bauvorhaben gem. § 29 BauGB im Anwendungsbereich der §§ 30, 33 BauGB für noch ohne Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung aufgestellte Bebauungspläne sowie der Ausnahme bestimmter erlaubnisfreier Gewässernutzungen vom Erfordernis einer Umweltverträglichkeitsprüfung in § 6 Abs. 2 WHG. Insoweit kommt die objektiv unmittelbar wirksame Bestimmung des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie zur Anwendung. Soweit Umsetzungsdefizite bestehen, ist auf die objektiv unmittelbar wirksamen Bestimmungen des Art. 4 Abs. 3 Vogelschutzrichtlinie und Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie zurückzugreifen.
9. In der Bundesrepublik Deutschland besteht ein Vollzugsdefizit im Hinblick auf die Errichtung von *Natura 2000*. Auf faktische Vogelschutzgebiete ist das Schutzregime des Art. 4 Abs. 4 S. 1 Vogelschutzrichtlinie anzuwenden. Der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach die Existenz potentieller FFH-Gebiete zu befürworten ist, ist zuzustimmen. Auf diese Gebiete ist wie auf bereits ausgewiesene Vogelschutzgebiete das Schutzregime des Art. 6 Abs. 2-4 FFH-Richtlinie anzuwenden.

10. Die objektiv unmittelbar wirksamen Richtlinienbestimmungen des europäischen Habitatschutzrechts sind im Planfeststellungsrecht als Bestandteil der objektiven Rechtsordnung zu beachten und können auch von Privatpersonen als öffentlicher Belang geltend gemacht werden.
11. Wendet sich ein einzelner gegen einen Planfeststellungsbeschluss, der einen privaten Vorhabenträger begünstigt, kommt es zum Problem der mittelbaren horizontalen Wirkung von EG-Richtlinien. Bei der Entscheidung, ob sich die objektiv unmittelbare Richtlinienbestimmung durchsetzt, sind die betroffenen Interessen miteinander abzuwägen. Dabei ist in der Regel von einem Überwiegen des öffentlichen Interesses an der Anwendung des Gemeinschaftsrechts auszugehen.
12. Im Immissionschutzrecht tritt ebenfalls das Problem der mittelbaren horizontalen Wirkung auf, wenn der Nachbar eines privaten Vorhabenträgers die immissionsschutzrechtliche Genehmigung durch Erhebung des Drittwiderspruchs oder – nach erfolgloser Durchführung des Widerspruchsverfahrens – durch Erhebung der Drittanfechtungsklage angreift. Auch bei der hier durchzuführenden Interessenabwägung wird das öffentliche Interesse an der Anwendung des Gemeinschaftsrechts das Interesse des privaten Vorhabenträgers an der Errichtung der Anlage in der Regel überwiegen.

Literaturverzeichnis

- Arnull, Anthony: Editorial – The incidental effects of directives,
E.L.Rev. Vol. 24 (February 1999), 1
- Augi, Simona/Baratella, Fabrizio: Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des
Europäischen Gerichtshofs zur direkten Anwendbarkeit von Gemeinschaftsrichtlinien,
European Legal Forum 2000/01, 83
- Bach, Albrecht: Direkte Wirkungen von EG-Richtlinien, JZ 1990, 1108
- Bacot, Guillaume: Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du
peuple et souveraineté nationale, Paris, 1. Aufl. 1985
- Baum, Marius: Der Gebiets- und der Artenschutz der FFH-Richtlinie im Lichte der Urteile
des EuGH in den Vertragsverletzungsverfahren Rs. C-6/04 gegen das Vereinigte
Königreich und C-98/03 gegen Deutschland, NuR 2006, 145 (zitiert: Baum, Der
Gebiets- und der Artenschutz der FFH-Richtlinie)
- Bleckmann, Albert: Probleme der Auslegung europäischer Richtlinien, ZGR 1992, 364
derselbe: Europarecht, 6. Aufl. 1997
- Bönker, Christian: Die verfassungs- und europarechtliche Zulässigkeit von Umweltstandards
in Verwaltungsvorschriften, DVBl. 1992, 804 (808 ff.)
- Borchardt, Klaus-Dieter: Vertrauensschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht,
EuGRZ 1988, 309 (312)
derselbe: Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht,
1. Aufl. 1988
- Brechmann, Winfried: Die richtlinienkonforme Auslegung – Zugleich ein Beitrag zur
Dogmatik der EG-Richtlinie, 1. Aufl. 1994 (zitiert: Brechmann, Die
richtlinienkonforme Auslegung)
- Brenner, Michael / Huber, Peter M.: Europarecht und Europäisierung in den Jahren
1998/1999, DVBl. 1999, 1559
- Bydlinski, Franz: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991
- Callies, Christian: Zur unmittelbaren Wirkung der EG-Richtlinie über die
Umweltverträglichkeitsprüfung und ihrer Umsetzung im deutschen
Immissionsschutzrecht, NVwZ 1996, 339
- derselbe/Ruffert, Matthias (Hrsg.): Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002
(zitiert als: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV und EGV)

- Canaris, Claus-Wilhelm: Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: FS Bydlinski, 2002, 47
- Chaltiel, Florence: Droit constitutionnel et droit communautaire, RTDE 1999, 395-408
- Classen, Dieter: Zur Bedeutung von EWG-Richtlinien für Privatpersonen, EuZW 1993, 83
- derselbe: Strukturunterschiede zwischen deutschem und europäischem Verwaltungsrecht – Konflikt oder Bereicherung?, NJW 1995, 2457 (zitiert: Classen, Strukturunterschiede zwischen deutschem und europäischem Verwaltungsrecht)
- derselbe: Anmerkung zur Entscheidung des Conseil Constitutionnel vom 10.6.2004 – 2004 – 496 DC, JZ 2004, 969
- Constantinesco, Lèontin Jean: Das Recht der Europäischen Gemeinschaften I – Das institutionelle Recht, 1. Aufl. 1977 (zitiert: Constantinesco, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften)
- Craig, Paul: Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation, E.L.Rev. 1997, 519
- Danwitz, Thomas von: Die Nichtumsetzung von EG-Recht durch die Legislative, NWVBl. 1991, 7
- Dendrinos, Antonios: Rechtsprobleme der Direktwirkung von Richtlinien, 1. Aufl. 1989
- Di Fabio, Udo: Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip? – Überlegungen zum Einfluss des indirekten Gemeinschaftsrechts auf die nationale Rechtsordnung, NJW 1990, 947 (zitiert: Di Fabio, Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip?)
- Drake, Sara: Twenty years after Von Colson: the impact of “indirect effect” on the protection of the individual’s Community rights, E.L.Rev. 2005, 329 (zitiert: Drake, Twenty years after Von Colson)
- Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Band II, 1. Aufl. 1998
- Düppenbecker, Antje/Greiving, Stefan: Die Auswirkungen der FFH-Richtlinie und der Vogelschutzrichtlinie auf die Bauleitplanung, UPR 1999, 173
- Ehricke, Ulrich: Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts – Ein Beitrag zu ihren Grundlagen und zu ihrer Bedeutung für die Verwirklichung eines europäischen Privatrechts, RabelsZ 1995, 598 (zitiert: Ehricke, Die richtlinienkonforme und die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts)
- Eilmansberger, Thomas: Zur Direktwirkung von Richtlinien gegenüber Privaten – Ist nach CIA, Unilever, Ingmar, Draehmpaehl, Ferreira und Heininger jetzt alles ganz anders?

- (1. Teil), JbI 2004, 283 (zitiert: Eilmansberger, Zur Direktwirkung von Richtlinien gegenüber Privaten (1. Teil))
- derselbe: Zur Direktwirkung von Richtlinien gegenüber Privaten – Ist nach CIA, Unilever, Ingmar, Draehmpaehl, Ferreira und Heininger jetzt alles ganz anders? (2. Teil), JbI 2004, 364 (zitiert: Eilmansberger, Zur Direktwirkung von Richtlinien gegenüber Privaten (2. Teil))
- Epiney, Astrid: Gemeinschaftsrecht und Föderalismus: „Landesblindheit“ und Pflicht zur Berücksichtigung innerstaatlicher Verfassungsstrukturen, EuR 1994, 301
- dieselbe: Unmittelbare Anwendbarkeit und objektive Wirkung von Richtlinien – Zur Entscheidung des EuGH vom 11.8.1995 – Rs. C-431/92 – Großkrotzenburg, DVBl. 1996, 409 (zitiert: Epiney, Unmittelbare Anwendbarkeit und objektive Wirkung von Richtlinien)
- dieselbe: Umweltrecht in der Europäischen Union, 1. Aufl. 1997
- Esser, Josef: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung – Rationalitätsgarantien richterlicher Entscheidungspraxis, 2. Aufl. 1970/72 (zitiert: Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung)
- Everling, Ulrich: Zur direkten innerstaatlichen Wirkung der EG-Richtlinien: Ein Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung auf der Basis gemeinsamer Rechtsgrundsätze, FS Carstens, 1984, 95 (zitiert: Everling, Zur direkten innerstaatlichen Wirkung der EG-Richtlinien)
- derselbe: Brauchen wir „Solange III“?, EuR 1990, 195
- derselbe: Zur Auslegung des durch EG-Richtlinien angeglichenen nationalen Rechts, ZGR 1992, 376
- derselbe: Durchführung und Umsetzung des europäischen Gemeinschaftsrechts im Bereich des Umweltschutzes unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, NVwZ 1993, 209
- Ewer, Rechtsschutz gegenüber der Auswahl und Festsetzung von FFH-Gebieten, NuR 2000, 361
- Faßbender, Kurt: Die Umsetzung von Umweltstandards der Europäischen Gemeinschaft, 1. Aufl. 2001
- derselbe: Neues zur Bindungswirkung normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften, UPR 2002, 15
- Fisahn, Andreas: Internationale Anforderungen an den deutschen Naturschutz, ZUR 1996, 3
- derselbe/Cremer, Wolfram: Ausweisungspflicht und Schutzregime nach Fauna-Flora-Habitat-

- und der Vogelschutzrichtlinie, NuR 1997, 268
- Flauss, Jean François: Rapport Français
in: Schwarze, Jürgen (Hrsg.): The Birth of a European Constitutional Order,
The Interaction of National and European Constitutional Law, 1. Aufl. 2001, 25
- Freytag, Christoph/Iven, Klaus: Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für den nationalen
Habitatschutz, NuR 1995, 109
- Fromont, Michel: Frankreich und die Europäische Union, DÖV 1995, 481
- Furrer, Andreas: Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen
Rechtsordnungen – Die Grenzen des nationalen Gestaltungsspielraums durch
sekundärrechtliche Vorgaben unter besonderer Berücksichtigung des „nationalen
Alleingangs“, 1. Aufl. 1994 (zitiert: Furrer, Die Sperrwirkung des sekundären
Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen)
- Fuß, Ernst-Werner: „Die Richtlinie“ des Europäischen Gemeinschaftsrechts,
DVBl. 1965, 378
- Gellermann, Martin: Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG,
1. Aufl. 1994,
- derselbe: Auflösung von Normwidersprüchen zwischen europäischem und nationalem Recht
– Zu den Folgen der Gemeinschaftswidrigkeit der Übergangsvorschrift des
§ 22 UVPG, DÖV 1996, 433 (zitiert: Gellermann, Auflösung von Normwidersprüchen
zwischen europäischem und nationalem Recht)
- derselbe: Das FFH-Regime und die sich daraus ergebenden Umsetzungsverpflichtungen,
NVwZ 2001, 500
- derselbe: Was sind faktische bzw. potentielle Natura 2000-Gebiete?, NVwZ 2002, 1202
- derselbe: Natura 2000 – Europäisches Habitatschutzrecht und seine Durchführung in der
Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 2001 (zitiert: Gellermann, Natura 2000)
- derselbe: Habitatschutz in der Perspektive des Europäischen Gerichtshofs, NuR 2005, 433
- Gerstner, Stephan/Goebel, Burkhard: Grundrechtsschutz in Europa, Jura 1993, 626
- Götz, Volkmar: Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien – Zusammenwirken von
Gemeinschaft und Staat, NJW 1992, 1849 (zitiert: Götz, Europäische Gesetzgebung
durch Richtlinien)
- Goyard, Pierre: Die Stellung des Gemeinschaftsrechts im französischen Recht,
DÖV 1989, 259
- Grabitz, Eberhard: Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, 1. Aufl. 1966
- derselbe: Entscheidungen und Richtlinien als unmittelbar wirksames Gemeinschaftsrecht –

Zur Analyse der Leberpfennig-Urteile des EuGH, EuR 1971, 1 (zitiert: Grabitz, Entscheidungen und Richtlinien als unmittelbar wirksames Gemeinschaftsrecht)

derselbe (Hrsg.): Kommentar zum EWG-Vertrag, 2. Aufl. (Stand: Juni 1991)

derselbe/Hilf, Meinhard (Hrsg.): Das Recht der EU, Stand: 14. EL Okt. 1999

Grundmann, Stefan: EG-Richtlinie und nationales Privatrecht – Umsetzung und Bedeutung der umgesetzten Richtlinie im nationalen Privatrecht, JZ 1996, 274 (zitiert: Grundmann, EG-Richtlinie und nationales Privatrecht)

derselbe: Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts – insbesondere: der Kanon der nationalen Auslegungsmethoden als Grenze?, ZEuP 1996, 399 (zitiert: Grundmann, Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts)

Gundel, Jörg: Neue Grenzlinien für die Direktwirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien unter Privaten – Zur Unanwendbarkeit richtlinienwidriger nationaler Verbotsgesetze im Konflikt unter Privaten, EuZW 2001, 143 (zitiert: Gundel, Neue Grenzlinien für die Direktwirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien unter Privaten)

Halama, Günter: Die FFH-Richtlinie – unmittelbare Auswirkungen auf das Planungs- und Zulässigkeitsrecht, NVwZ 2001, 506

Haneklaus, Winfried: Direktwirkung von EG-Richtlinien zu Lasten einzelner?, DVBl. 1993, 129

Hassold, Gerhard: Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes – subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung, ZZP 1981, 192

Hecker, Jan: Europäische Integration als Verfassungsproblem in Frankreich – Verfassungsrechtliche Infiltrationshindernisse und Übertragungschancen in der Europajudikatur französischer Gerichte, 1. Auflage 1998 (zitiert: Hecker, Europäische Integration als Verfassungsproblem in Frankreich)

derselbe: Souveränitätswahrung durch Einstimmigkeit im Rat: Der Conseil Constitutionnel zum Vertrag von Amsterdam, JZ 1998, 938 (zitiert: Hecker, Souveränitätswahrung durch Einstimmigkeit im Rat)

Herber, Rolf: Keine unmittelbare Wirkung horizontaler Richtlinien – Anmerkung zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 14. Juli 1994 (Rechtssache C-91/92, Paola Faccini Dori ./ Recreb Srl), ZEuP 1996, 121 (zitiert: Herber, Keine unmittelbare Wirkung horizontaler Richtlinien)

Herrmann, Christoph: Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 1. Aufl. 2003

Hilf, Meinhard: Solange II: Wie lange noch Solange?, EuGRZ 1987, 1

derselbe, Die Richtlinie der EG – ohne Richtung, ohne Linie?, EuR 1993, 1

- Hilson, Chris/Downes, Tony: Making Sense of Rights: Community Rights in E.C. Law, E.L.Rev. Vol. 24 (April 1999), 121
- Hirsch, Günter: Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation?, NJW 1996, 2457 (zitiert: Hirsch, Günter: Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht)
- Hölscheidt, Sven: Abschied vom subjektiv-öffentlichen Recht? – Zu Wandlungen der Verwaltungsrechtsdogmatik unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, EuR 2001, 376 (zitiert: Hölscheidt, Abschied vom subjektiv-öffentlichen Recht?)
- Horn, Hans-Detlef: Grundrechtsschutz in Deutschland – Die Hoheitsgewalt der Europäischen Gemeinschaften und die Grundrechte des Grundgesetzes nach dem Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, DVBl. 1995, 89 (zitiert: Horn, Grundrechtsschutz in Deutschland)
- Huber, Peter Michael: Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, AöR 1991, 210
- derselbe: Recht der Europäischen Integration, 1. Aufl. 1996 (zitiert als: Huber, Recht der Europäischen Integration, 1. Aufl.)
- derselbe: Die parlamentarische Demokratie unter den Bedingungen der europäischen Integration, in: derselbe (Hrsg.), Das Ziel der europäischen Integration, 1. Aufl. 1996, 11
- derselbe: Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH in Grundrechtsfragen – Die Bananenmarktordnung und das Grundgesetz, EuZW 1997, 517 (zitiert: Huber, Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH in Grundrechtsfragen)
- derselbe: Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, BayVBl. 2001, 577
- derselbe: Recht der Europäischen Integration, 2. Aufl. 2002
- Hübner, Ulrich / Constantinesco, Vlad: Einführung in das französische Recht, 4. Aufl. 2001
- Ipsen, Hans-Peter: Richtlinien-Ergebnisse, FS Ophüls, 1965, 67
- Iglesias, Gil Carlos Rodriguez/Riechenberg, Kurt: Zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts, FS Everling, 1995, 1213
- derselbe, Gedanken zum Entstehen einer europäischen Rechtsordnung, NJW 1999, 1
- Jarass, Hans D.: Voraussetzungen der innerstaatlichen Wirkung des EG-Rechts, NJW 1990, 2420
- derselbe: Folgen der innerstaatlichen Wirkung von EG-Richtlinien, NJW 1991, 2665
- derselbe: Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts,

- EuR 1991, 211
- derselbe: Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1. Aufl. 1994
- derselbe: EG-rechtliche Vorgaben zur Ausweisung und Änderung von Vogelschutzgebieten, NuR 1999, 481
- derselbe / Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 6. Aufl. 2002 (zitiert als: Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar)
- Karoff, Martina: Richtlinie und Umsetzungspraxis – Eine Bestandsaufnahme anhand der Freizügigkeitsrichtlinien, RabelsZ 1984, 649 (zitiert: Karoff, Richtlinie und Umsetzungspraxis)
- Klein, Eckhart: Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von europäischem Gemeinschaftsrecht, in: Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europainstitut / Nr. 119 (1988)
- derselbe, Objektive Wirkungen von Richtlinien, FS Everling, 1995, 641
- Kirchhof, Florian: Welches Schutzregime gilt in potentiellen FFH-Gebieten? – Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 27.10.2000, NuR 2001, 666 (zitiert: Kirchhof, Welches Schutzregime gilt in potentiellen FFH-Gebieten?)
- Koch, Hans-Joachim / Rüßmann, Helmut: Juristische Begründungslehre – eine Einführung in die Grundprobleme der Rechtswissenschaft, 1. Aufl. 1982
- Koch, Hans-Joachim: Luftreinhalterecht in der EG, DVBl. 1992, 124 (130 f.)
- Koch, Thorsten: Europäisches Habitatschutzrecht und Rechte von Planungs- sowie Vorhabenträgern, 1. Aufl. 2000
- Kopp, Ferdinand O.: Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 1996
- Kühling, Jürgen / Röckinghausen, Marc: Legislative Umsetzungsdefizite und exekutive Schadensbegrenzung – Zur (in)direkten Wirkung der IVU-Richtlinie in Deutschland, DVBl. 1999, 1614 (zitiert: Kühling/Röckinghausen, Legislative Umsetzungsdefizite und exekutive Schadensbegrenzung)
- Labayle, Henri: Le controle de constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. L'entraide judiciaire européenne au Palais Royal, RFDA 2003, 442
- Lackhoff, Klaus/Nyssens, Harold: Direct Effect of Directives in Triangular Situations, E.L.Rev. 1998, 397
- Langenfeld, Christine: Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien, DÖV 1992, 955
- Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991
- derselbe/Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995
- Lecheler, Helmut: Zum Bananenmarkt-Beschluss des BVerfG, JuS 2001, 120

- Lenz, Miriam/Tynes, Dóra Sif/Young, Lorna: Horizontal What? Back to Basics,
E.L.Rev. 2000, 509
- Leonard, Axel: Die Rechtsfolgen der Nichtumsetzung von EG-Richtlinien unter besonderer
Berücksichtigung der Staatshaftungs- sowie der Normerlassklage, 1997
- Lutter, Marcus: Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593
- derselbe, Zum Umfang der Bindungswirkung durch Richtlinien, FS Everling, 1995, 765
- Maas, Christian A.: Die Identifizierung faktischer Vogelschutzgebiete, NuR 2000, 121
- Mangoldt, Hermann von / Klein, Friedrich / Starck, Christian (Hrsg.): Kommentar zum
Grundgesetz, Band 2, Art. 20-82, 5. Aufl. 2005
- Mastroianni, Roberto: On the Distinction Between Vertical and Horizontal Direct Effects of
Community Directives: What Role for the Principle of Equality?,
European Public Law Vol. 5 (September 1999), 417
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter / Herzog, Roman / Klein, Hans H. / Lerche, Peter / Papier,
Hans-Jürgen/ Randelzhofer, Albrecht / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Scholz, Rupert:
Grundgesetz-Kommentar (zitiert als: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar),
Loseblattsammlung
- Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000
- derselbe: Staatsrecht I, 2. Aufl. 2001
- Mecklenburg, Wilhelm: Anmerkungen zur Rechtsfigur des potentiellen FFH-Gebietes,
UPR 2002, 124
- Middeke, Andreas: Nationaler Umweltschutz im Binnenmarkt, 1. Aufl. 1994
- Rebmann, Kurt/Säcker, Franz-Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, 4. Aufl. 2001
- Meier-Hayoz, Arthur: Der Richter als Gesetzgeber, 1. Aufl. 1951
- Müller, Friedrich: Juristische Methodik, 7. Aufl. 1997
- Nettesheim, Martin: Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des
Gemeinschaftsrechts, AöR 1994, 261
- Nicolaysen, Gert: Richtlinienwirkung und Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim
Zugang zum Beruf – Besprechung der EuGH-Urteile vom 10.04.1984 – Rs. 14/83 und
Rs. 79/83, EuR 1984, 380 (zitiert: Nicolaysen, Richtlinienwirkung und
Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zum Beruf)
- Niederstadt, Frank: Die Umsetzung der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie durch das Zweite
Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes, NuR 1998, 515
- Oehlert, Sebastian: Harmonisierung durch EG-Richtlinien: Kompetenzen, Legitimation,

- Effektivität, JuS 1997, 317
- Oldekop, Dieter: Die Richtlinien der EWG, 1968
- derselbe: Die Richtlinien der EWG, JöR 1972, 55
- Oldenbourg, Andreas: Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien im innerstaatlichen Bereich, 1. Aufl. 1984
- Ophüls, Carl-Friederich: Quellen und Aufbau des Europäischen Gemeinschaftsrechts, NJW 1963, 1697
- Pagenkopf, Martin: Zum Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf nationales Wirtschaftsverwaltungsrecht – Versuch einer praktischen Einführung, NVwZ 1993, 216 (zitiert: Pagenkopf, Zum Einfluß des Gemeinschaftsrechts auf nationales Wirtschaftsverwaltungsrecht)
- Papier, Hans-Jürgen: Direkte Wirkungen von Richtlinien der EG im Umwelt- und Technikrecht, DVBl. 1993, 809
- Pechstein, Matthias: Die Anerkennung der rein objektiven unmittelbaren Richtlinienwirkung, EWS 1996, 261
- Pernice, Ingo: Auswirkungen des europäischen Binnenmarktes auf das Umweltrecht – Gemeinschafts(verfassungs-)rechtliche Grundlagen, NVwZ 1990, 414
- derselbe: Kriterien der normativen Umsetzung von Umweltrichtlinien der EG im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, EuR 1994, 325
- Picard, V.E.: Vers l'extension du bloc de constitutionnalité au droit européen. A propos de la décision de 2 septembre 1992, RFDA 1993, 47-54
- Pietzcker, Jost: Zur Nichtanwendung europarechtswidriger Gesetze seitens der Verwaltung, in: Festschrift Everling (1995), 1095
- Prechal, Sacha: Does direct effect still matter?, C.M.L.Rev. 2000, 1047
- derselbe: Directives in European Community Law, Oxford, 2. Aufl. 2005
- Ramsauer, Ulrich: Die Ausnahmeregelungen des Art. 6 Abs. 4 der FFH-Richtlinie, NuR 2000, 601
- Raisch, Peter: Juristische Methoden, 1. Aufl. 1995
- Rengeling, Hans-Werner: Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1. Aufl. 1993
- derselbe / Middeke, Andreas / Gellermann, Martin: Rechtsschutz in der Europäischen Union – Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts vor europäischen und deutschen Gerichten, 1. Aufl. 1994 (zitiert als: Rengeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der EU)
- Reich, Norbert / Rörig, Ursula: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 13.12.2001, Rs. C-481/99,

- EuZW 2002, 84
- Rengeling, Hans-Werner: Brauchen wir die Verfassungsbeschwerde auf Gemeinschaftsebene?, FS Everling, 1995, 1187
- derselbe: Umsetzungsdefizite der FFH-Richtlinie in Deutschland? – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum sog. „Ostseeautobahnurteil“, UPR 1998, 281
- Ress, Georg: Die richtlinienkonforme „Interpretation“ innerstaatlichen Rechts, DÖV 1994, 489
- Royla, Pascal/Lackhoff, Klaus: Die innerstaatliche Beachtlichkeit von EG-Richtlinien und das Gesetzmäßigkeitsprinzip, DVBl. 1998, 1116
- Ruffert, Matthias: Dogmatik und Praxis des subjektiv-öffentlichen Rechts unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, DVBl. 1998, 69
- Rupp, Hans Heinrich: Verfassungsprobleme auf dem Weg zur Europäischen Union, ZRP 1990, 1
- Sacksofsky, Ute: Europarechtliche Antworten auf Defizite bei der Umsetzung von Richtlinien, in: von Danwitz/Heintzen/Jestaedt/Korioth/Reinhardt (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, 1. Aufl. 1993
- Scherzberg, Arno: Mittelbare Rechtsetzung durch Gemeinschaftsrecht – Richtlinien als Instrument der europäischen Integration, Jura 1992, 572 (zitiert: Scherzberg, Mittelbare Rechtsetzung durch Gemeinschaftsrecht)
- derselbe: Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, Jura 1993, 225
- Schink, Alexander: Auswirkungen der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (EG) auf die Bauleitplanung, GewA 1998, 41
- Schmidt, Marek: Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden, RabelsZ 1995, 569
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Klein, Franz / Brockmeyer, Hans B. (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, 10. Auflage 2004
- Schoch, Friedrich: Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, 457
- Schwarze, Jürgen: : Deutschland, in: derselbe (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 1. Aufl. 2000, 109
- Schweitzer, Michael: Staatsrecht III, 7. Aufl. 2000
- Seidel, Martin: Die Direkt- oder Drittwirkung von Richtlinien des Gemeinschaftsrechts, NJW 1985, 517

- Sigloch, Jochen: Zur angeblich unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien im deutschen Umsatzsteuerrecht, BB 1982, 791 ff.
- Sonnenberger, Hans / Autexier, Christian: Einführung in das französische Recht, 3. Aufl. 2000
- Steiling, Roland: Mangelnde Umsetzung von EG-Richtlinien durch den Erlass und die Anwendung der TA Luft, NVwZ 1992, 134 (136)
- Stein, Ekkehart: Staatsrecht, 16. Aufl. 1998
- Stein, Thorsten: Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Oktober 1986 zur verfassungsgerichtlichen Überprüfung des abgeleiteten europäischen Gemeinschaftsrechts am Maßstab des Grundgesetzes (Solange II-Beschluss), ZaöRV 1987, 279 (zitiert: Stein, Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Oktober 1986)
- Steindorff, Ernst: Quo vadis Europa? Freiheiten, Regulierung und soziale Grundrechte nach den erweiterten Zielen der EG-Verfassung, FIW-Schriftenreihe, Heft 148 (1992), 11 (zitiert: Steindorff, Quo vadis Europa?)
- Stern, Klaus: Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984
- Streinz, Rudolf (Hrsg.): EUV/EGV, 1. Aufl. 2003
- derselbe: Europarecht, 7. Aufl. 2005
- Stüber, Stephan: Gibt es "potentielle Schutzgebiete" i.S.d. FFH-Richtlinie?, NuR 1998, 531
- derselbe: Europarecht und nationale Rechtsordnung, NuR 2000, 623
- Stuyck, Jules: Joined Cases C-240/98 to C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA v. Rocio Murciano Quintero and Salvat Editore SA v. José M. Sánchez Alcón Prades et al.*, Judgement of the Full Court of 27 June 2000, nyr., C.M.L.Rev. 2001, 719 (zitiert: Stuyck, Joined Cases C-240/98 to C-244/98)
- Tewocht, Hannah: Das französische Verfassungsrecht und die Europäische Union, 1. Aufl. 2005
- Timmermans, C.W.A.: Directives: Their effect within the national legal systems, C.M.L.Rev. 1979, 533
- Triantafyllou, Dimitris: Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt – Beitrag zum positiven Rechtmäßigkeitsprinzip in der EG, 1. Aufl. 1996 (zitiert: Triantafyllou, Vom Vertrags- zum Gesetzesvorbehalt)
- derselbe: Zur Europäisierung des subjektiven öffentlichen Rechts, DÖV 1997, 192
- Trüe, Christiane: Auswirkungen der Bundesstaatlichkeit Deutschlands auf die Umsetzung von EG-Richtlinien und ihren Vollzug, EuR 1996, 179

- Weber, Albrecht / Hellmann, Ulrich: Das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP-Gesetz), NJW 1990, 1625
- Weiß, Wolfgang: Zur Wirkung von Richtlinien vor Ablauf der Umsetzungsfrist, DVBl. 1998, 568
- Winter, Gerd: Direktwirkung von EG-Richtlinien, DVBl. 1991, 657
- derselbe: Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, 467 (469)
- Wirths, Volker: Defizite bei der Umsetzung der FFH-Verträglichkeitsprüfung im neuen BNatSchG und ihre Konsequenzen, NuR 2003, 150
- Wissink, M.H.: Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, Deventer, 1. Aufl. 2001
- Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 1994
- Zuck, Rüdiger/Lenz, Christofer: Verfassungsrechtlicher Rechtsschutz gegen Europa, NJW 1997, 1193
- Zuleeg, Manfred: Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, 1. Aufl. 1969
- derselbe: Die Rechtswirkungen europäischer Richtlinien, ZGR 1980, 465
- derselbe: Umweltschutz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, NJW 1993, 31
- derselbe: Bananen und Grundrechte – Anlass zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit?, NJW 1997, 1201 (zitiert: Zuleeg, Bananen und Grundrechte)

Abstract

Eine horizontale Wirkung von EG-Richtlinien ist auf der Grundlage zweier, jeweils voneinander unabhängiger Rechtsinstitute denkbar, die der Europäische Gerichtshof in richterlicher Rechtsfortbildung entwickelt hat: Der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien und der Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung des nationalen Rechts.

Die Reichweite der unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien wird durch die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze des Vertrauensschutzprinzips und des Gesetzesvorbehalts eingeschränkt. Hingegen beschränken die Integrationsschranken der mitgliedstaatlichen Verfassungen die Reichweite der unmittelbaren Wirkung nicht.

Die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung findet ihre Grenzen in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des primären Gemeinschaftsrechts, dem sekundären Gemeinschaftsrecht und der Reichweite der nationalen Auslegungsmethoden. Durch die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung werden diejenigen nationalen Auslegungsmethoden modifiziert, die Spielraum für eine Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungsvorgaben bieten.

Bezüglich der Umsetzung von Vogelschutz- und FFH-Richtlinie in deutsches Recht bestehen in Deutschland noch Defizite, so dass insoweit die objektiv unmittelbar wirksamen Richtlinienbestimmungen des europäischen Habitatschutzrechts als Bestandteil der objektiven Rechtsordnung zu beachten sind und auch von Privatpersonen in Verwaltungsverfahren als öffentlicher Belang geltend gemacht werden können.

Erklärung

Hiermit erkläre ich,

- dass ich die Dissertation selbst angefertigt habe und alle von mir benutzten Hilfsmittel, persönlichen Mitteilungen und Quellen in meiner Arbeit angegeben habe;
- dass die Hilfe eines Promotionsberaters nicht in Anspruch genommen wurde;
- dass Dritte weder unmittelbar noch mittelbar geldwerte Leistungen von mir für Arbeiten erhalten haben, die im Zusammenhang mit dem Inhalt der von mir vorgelegten Dissertation stehen.

München, 13.11.2007

Thomas Roder